Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund verjährter Forderungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Bruno Wachsmann

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1

B. Hauptteil.

I. Die Anspruchsverjährung.
1. Gegenstand der Verjährung.
§ 1. a) Gegenstand ist der Anspruch 4
aa) Nicht das dingliche Recht.
bb) Nicht das persönliche Recht, die Forderung.
§ 2. b) Nähere Entwicklung des Anspruchsbegriffes 8
2. Die Wirkungen der Verjährung.
§ 3. a) Auf den Anspruch 11
§ 4. b) Auf die Forderung 13
§ 5. c) Auf die Einreden 14
II. Das Zurückbehaltungsrecht.
§ 6. 1. Juristische Natur des Zurückbehaltungsrechtes 16
2. Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes.
§ 7. a) Begriff der Fälligkeit 20
§ 8. b) Anspruch oder Forderung? 23
§ 9. 3 Zweck des Zurückbehaltungsrechtes 25
III. Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund verjährter Forderungen.
§ 10. 1. Die ratio legis des § 273 BGB. 27
2. Die Funktionen der verjährten Forderung.
§ 11. a) § 223 BGB. 30
§ 12. b) § 390 BGB. 32
§ 13. c) § 222 BGB. 36
3. Rechtfertigung der getroffenen Entscheidung.
§ 14. a) Aus der Analogie des § 320 BGB. 40
§ 15. b) Aus Billigkeitsrücksichten 42

C. Schluß 45

Literaturverzeichnis.

Abegg, Die Verjährung der Einreden nach römischem, gemeinem und bürgerlichem Recht. Diss. Göttingen 1903.

André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht. Leipzig 1890.

Albrecht, Die verschiedenen Fälle des Zurückbehaltungsrechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1907.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Bähr, Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs beizubehalten? In den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages 1889 Bd. 1 Nr. 11.

Bekker, Sprachliches und Sachliches zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49.

Berent, Die Vernichtung der sogen. konkurrierenden Einreden durch die Klagenverjährung im gemeinen Zivilrecht. Diss. Rostock 1890.

Bolze, Der Anspruch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 46.

Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Bonn 1904.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1 2. Aufl. Erlangen 1873, Bd. 2 Erlangen 1879.

Clausen, Inwieweit schließen gegen die Forderung bestehende Einreden die Verjährung aus nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch? Diss. Erlangen 1902.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Abt. 1. 5. Aufl. Jena 1909.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. Tübingen und Leipzig 1900 und 1902.

Dahn, Über die Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen. München 1855.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte. 2. Aufl. Heidelberg 1868.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1 7. Aufl, Berlin 1902; Bd. 2 7. Aufl., Berlin 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1: Allgemeine Lehren. 3. Aufl. Halle 1906. Bd. 2: Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. Halle 1909.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von R. Leonhard. Bd. 1. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Marburg 1908.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 5. Aufl. Berlin 1909.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. Berlin 1903.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. Berlin 1889.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. München 1909.

Friedenthal, Einwendung und Einrede in Zivilprozeßordnung und Bürgerlichem Gesetzbuch. In Fischers zwanglosen Heften 1891 Bd. 1. 5. Heft.

Fulda, Das Zurückbehaltungsrecht. Diss. Greifswald 1900.

Gareis, Der allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Geyer, Der Begriff der Einrede nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Jena 1901.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Abt. 1. 2. Aufl. Berlin 1901.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Erlangen 1864 und 1868.
Hahn, Das Retentionsrecht und die Grundbuchordnung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 30.
Hanausek, Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs beizubehalten? In den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentags 1881 Bd. 1 12. Aufl.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
Heymann, Vorschützen der Verjährung. Breslau 1895.
Hirschfeld, Das Zurückbehaltungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1905.
v. Högen, Die Wirkungen der Verjährung nach dem heutigen Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1906.
Hölder, Die Normierung der Verjährung im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 11.
Hölder, über Anspruch und Einreden. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93.
Hölder, Anspruch und Klagrecht. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29.
Hölder, Kommentar zum allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. Berlin 1905.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1906.
Kowalski, Die Naturalobligation. Diss. Marburg 1906.
Kretzschmar, Die Erfüllung. Teil 1. Leipzig 1906.
Kuntze, Die Obligationen im römischen und heutigen Recht. Leipzig 1886.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Berlin 1904.
Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht. Rostock 1886.
Langheineken, Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.
Leonhard, Der allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
Leonhard, Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 15.
Levy, Die naturalis obligatio im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Jena 1901.
Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. In Iherings Jahrbüchern Bd. 43.
Luden, Das Retentionsrecht. Leipzig 1839.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. Teil 2. Buch 3. 12. Aufl. Berlin 1904.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 1. 2. Aufl. München 1904.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.
Noack, Das Zurückbehaltungsrecht nach Bürgerlichem Gesetzbuch und nach Handelsgesetzbuch. Diss. Leipzig 1903.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Oesterhelt, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Leipzig 1907.
Peill, Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach gemeinem und nach bürgerlichem Recht. Diss. Rostock 1904.
Petersen, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages (Zurückbehaltungsrecht) nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Rostock 1900.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1: Einführungsgesetz und allgem. Teil. 3. Aufl. Berlin 1903. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Berlin 1907.
Rech, Das Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Konnexität und dem Zurückbehaltungsrecht. Diss. Bonn 1904.
Regelsberger in Iherings Jahrbüchern Bd. 41.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Allgem. Teil Berlin 1899: Schuldverhältnisse, allgemeine Bestimmungen. Berlin 1903.

Reimer, Die Verjährung der Einrede nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Göttingen 1904.

v. Renesse, Das Zurückbehaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Rieger, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Tübingen 1901.

Sahm, Die außergerichtliche Geltendmachung der Verjährung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. Berlin 1841.

v. Savigny, Das Obligationenrecht. Bd. 1. Berlin 1851.

Schäfer, Das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905 1. Jahrg. Nr. 21.

Schenck, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. Jena 1837.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. In der Gesetzgebung des Deutschen Reichs mit Erläuterungen Bd. 7. Erlangen 1899.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, von O. Fischer, Bd. 12. Jena 1905.

Schoenenberg, Die Voraussetzung der in § 273 Abs. 1 BGB. geschafften Retentionsbefugnis. Diss. Gießen 1901.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß. Jena 1903.

Schneider, Über die Beseitigung der Wirkung vollendeter Verjährung durch Anerkenntnis. In Jherings Jahrbüchern Bd. 51.

Schneider, Die Klagbarkeit des Erfüllungsversprechens bei den natürlichen Verbindlichkeiten. In der Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 19.

Schwaner, Die Naturalobligation des römischen Rechts. Göttingen 1861.

Schwertner, Das Zurückbehaltungsrecht nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1904.

v. Seeler, Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach § 396 BGB. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15.

Seidel, Die Voraussetzungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Sievers, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Im Sächs. Archiv Bd. 14.

Simon, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der juristischen Monatsschrift für Posen und Westpreußen 1898 1. Jahrg.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. 1868.

Staffel, Über die Wirkungen der peremtorischen Einreden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 10.

Staub, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl. Berlin 1907.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1: Allgem. Teil. 5. u. 6. Aufl., München und Berlin 1910; Bd. 2: Schuldverhältnisse Teil 1 5. u. 6. Aufl., München und Berlin 1910.

Suppes, Der Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner praktischen Bedeutung. Diss. Leipzig 1902.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der Verjährungslehre. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1828.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.

Wendt, Die Exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 100.

Wildhagen, Über die Verjährung der Einreden im heutigen römischen Recht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 21.

Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf 1856.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Wlassak, Artikel „actio“. In Pauly-Wissowas Realenzyklopädie.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, herausgegeben von Francke. 3. Aufl. Leipzig 1892.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 2, 14, 57, 62, 66, 68, 72.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte bei Mugdan-Falkmann. Bd. 6.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 2.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 4 (Bd. 16 u. 17 des ersten Abdrucks).
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794. In der Ausgabe: Berlin 1863.
Code Napoléon. In der Ausgabe Paris 1807.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Code civil Suisse) v. 10. 12. 1907. Ausgabe in den drei Nationalsprachen. Bern 1908.

Einleitung.

Die den Gegenstand vorliegender Abhandlung bildende Streitfrage schwebt noch in den Anfangsstadien ihrer Entwicklung. Zwar finden sich schon in der Literatur der gemeinrechtlichen Jurisprudenz einige Schriftsteller, die sich mit dieser Kontroverse gelegentlich der Erörterung befaßt haben, die sie an die Erlöschungsgründe des Retentionsrechts knüpfen.[1] Trotzdem die Entscheidung größtenteils in bejahendem Sinne getroffen wird,[2] so ist die Begründung doch keine so überzeugende, daß die Lösung als eine völlig einwandfreie anzusehen wäre. Nicht viel anders steht es mit dem Ergebnis, das die heutige Literatur gezeitigt hat. Auch hier wird die Frage oft genug berührt, aber es bleibt eben nur ein Streifen ohne tieferes Eingehen auf den Grund, der zur Ablehnung oder Bejahung führte. Die Praxis hat, soweit dies aus den veröffentlichten Entscheidungen zu ersehen ist, sich erst einmal mit dem Gegenstande unserer Erörterung beschäftigen müssen.[3] Die Entscheidungen werden daher auch hier, zumal sich das Reichsgericht zu dieser Frage noch nicht geäußert hat, höchst schwankend sein und somit unsere Streitfrage eher schüren als sie erlöschen lassen.

Bei der Erörterung dieser Kontroverse in der Literatur ist die streitige Frage m. E. viel zu einseitig von der Seite des Zurückbehaltungsrechts aus beleuchtet, ohne daß dem Anspruch und der Anspruchsverjährung die gebührende Beachtung zuteil

---

[1] Schenk S. 336: „Bei einem Konkurrenzfall des gesetzlichen mit dem vertraglichen Zurückbehaltungsrecht kann man nicht behaupten, daß lapsu temporis mit dem iure retentionis voluntario auch das ius retentionis legale erloschen sei". Langfeld S. 145f.: „Der Zeitablauf bildet keinen allgemeinen Erlöschungsgrund des Retentionsrechtes, da die Retentionsbefugnis, die lediglich zur Abwehr eines fremden Angriffs berechtigt, als solche nicht der Verjährung unterliegen kann".

[2] Für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes auf Grund klagloser Forderungen überhaupt sind Sintenis § 91 Ziff. 75; Goldschmidt § 94 Ziff. 14; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 138 Ziff. 4 S. 323.

[3] vgl. Entsch. d. OLG. Hamburg II. Zivilsenat v. 13. 12. 1902 in Mugdan-Falkmann, Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 91. An eine allerdings nicht veröffentlichte Entscheidung des OLG. Bamberg knüpft Schäfer S. 437ff. seine Erörterung über „das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche" an.

geworden wäre, die ihnen mit Rücksicht auf die Voraussetzung eines fälligen Anspruchs im Wortlaut des § 273 BGB. zukommt. Auch kranken die Begründungen wohl daran, daß der Begriff des Anspruchs nicht scharf genug von dem der Forderung getrennt wird, und daß als notwendige Folge davon die Anspruchsverjährung mit ihren Wirkungen in unklarem Lichte erscheint.[1])

[1]) Zur Übersicht über die Aufnahme, die die hier behandelte Frage in der Literatur gefunden hat, sei hier eine Zusammenstellung der einzelnen Schriftsteller angeführt:

a) Die Frage wird bejaht
 aus der Tatsache, daß den verjährten Forderungen eine Reihe von rechtlichen Funktionen zugewiesen ist (vgl. unten S. 29 Ziff. 5),
  von Rehbein Bd. 2, 1 1. Abschn IX, 77 S. 91; Rieger S. 24; Noack S. 4 f.; Albrecht S. 13; Seidel S. 67;
 mit Rücksicht auf die Analogie des § 223 (vgl. unten S. 30 Ziff. 1)
  von Seidel S. 67; Rehbein Bd. 2, 1 1. Abschn. IX, 77 S. 91; Rieger S. 24;
 mit Rücksicht auf die Analogie des § 390 (s. unten S. 32 Ziff. 2; vgl. auch S. 36 Ziff. 2)
  von Staudinger Bd. 2 § 273 I, 1 d S. 119; Suppes S. 25;
 aus § 222 (s. unten S. 37 Ziff. 4)
  von Schollmeyer § 273, 2 a S. 90;
 weil § 390 Satz 1 bei § 273 fehlt (vgl. unten S. 39 Ziff. 4)
  von Schollmeyer § 273, 2 a S. 90; dagegen Schönenberg S. 53 und Schäfer S. 439;
 aus der Analogie des § 320 (vgl. unten S. 41 Ziff. 2)
  von Regelsberger S. 332 ff.;
 aus der Selbständigkeit der Retentionseinrede (vgl. unten S. 20 Ziff. 2)
  von Enneccerus § 218 IV, 1 S. 547;
 da der Anspruch als solcher bestehen bleibt (vgl. unten S. 3 Ziff. 2),
  von Schlegelberger S. 147; Müller-Meikel Bd. 1 § 107, 1 S. 355; Oesterhelt S. 18; Hirschfeld S. 24;
 da es vom Standpunkte des BGB. irrelevant sei (vgl. unten S. 31 Ziff. 4)
  von Mot. Bd. 2 S. 42 und im Anschluß daran Fulda S. 22; Scherer § 273, 5 S. 73 f.;
 da der verjährte Anspruch noch fällig ist (vgl. oben S. 1 Ziff. 3)
  von OLG. Hamburg in Entsch. d. OLG. Bd. 6 S. 91;
 mit Rücksicht auf § 1000 (vgl. unten S. 32 Ziff. 1)
  von Breuer S. 42;
 ohne Begründung
  von Fischer-Henle § 273 Anm. 3.

b) Zweifelhaft ist
  Endemann § 126 Anm. 17 S. 712.

c) Die Frage wird verneint
 mit Rücksicht auf die Unselbständigkeit der Einrede (vgl. unten S. 20 Z. 1)
  von Oertmann § 273 II a α S. 75;
 da durch das Zurückbehaltungsrecht ein Zwang ausgeübt werde (vgl. unten S. 27 Ziff. 3),
  von Dernburg Bd. 2, 1 § 57 Anm. 7 S. 145; Schäfer S. 438; Simon S. 65; Schwertner S. 28; Renesse S. 45; Kowalski S. 33 f.;
 da Leistungsverweigerungsrecht (vgl. unten S. 43 Ziff. 2),
  von Planck Bd. 2 § 273 II a α S. 63; Staub Bd. 2 § 369 Anm. 8;

Diesen für die Beantwortung der zu behandelnden Frage unbedingt erforderlichen Prämissen soll daher erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt werden. Die Erörterungen seien, da sie einen breiteren Raum einnehmen werden, vorwegbehandelt, damit dann später der Zusammenhang nicht zerrissen werde.

Vorauszuschicken ist, daß, wenn wir von einer „verjährten Forderung" sprechen, nach dem Grundsatz der „Disponibilität des Verjährungsschutzes" [1]) wir es mit einem Anspruch zu tun haben, demgegenüber der Schuldner bereits die Einrede der Verjährung erhoben hat.[2])

---

da der Anspruch nicht mehr fällig ist (vgl. unten S. 22 Ziff. 1)
von Langheineken S. 330; v. Högen S. 16; Schäfer S. 438f.; Hoffmann S. 35;
da die Forderung untergegangen sei,
von Sievers S. 304 (vgl. unten S. 14 Ziff. 2);
da § 223 nicht übertragbar sei (vgl. unten S. 31 Ziff. 2 u. 3),
von Schäfer S. 440; Schönenberg S. 54; Dernburg Bd. 2, 1 § 57 Anm. 7 S. 145;
da § 390 nicht übertragbar sei (vgl. unten S. 32 Ziff. 2)
von Schäfer S. 439; Schönenberg S. 51; vgl. auch Rieger S. 24; Noack S. 4f.; vgl. beide unten S. 36 Ziff. 2;
da keine Ausdehnung der verjährten Forderung über das gesetzliche Maß hinaus zulässig sei (vgl. unten S. 38 Ziff. 1)
von Simon S. 65; Sievers S. 304; Schwertner S. 28; vgl. auch Dernburg Bd. II, 1 § 57 Anm. 7 S. 145.

[1]) Heymann S. 159.

[2]) Solange dies nicht geschehen ist, steht der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts natürlich nichts im Wege. Wie mir scheint, hat Schlegelberger (S. 147) irrtümlicherweise angenommen, daß sich die Streitfrage auf solche Ansprüche beziehe, wenigstens folgt dies aus der Begründung, mit der er die Retentionsmöglichkeit im fraglichen Falle bejaht: „Nach § 222 BGB. erlischt durch die Verjährung ja nicht der Anspruch. Er bleibt vielmehr als solcher bestehen, dem Verpflichteten ist nur eine Einrede gegeben". Ebenso Müller-Meikel Bd. 1 § 107, 1 S. 355; Hirschfeld S. 24 und wohl auch Oesterhelt S. 18, da der die Zulässigkeit des Retentionsrechtes begründende Satz: „Der Fortbestand des Anspruchs und seine Klagbarkeit wird durch die Verjährung nicht berührt" sonst nicht zu verstehen wäre.

B. Hauptteil.

I. Die Anspruchsverjährung.

1. Gegenstand der Verjährung.

§ 1.

a) Gegenstand ist der Anspruch.

Den Gegenstand der Verjährung bildet nach § 194 BGB. das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Diese Legaldefinition des Anspruchsbegriffes umfaßt in gleicher Weise dingliche wie persönliche Ansprüche. Bezüglich der ersteren ist kein Streit, daß nur sie der Verjährung unterliegen, nicht auch das dingliche Recht, auf dem sie beruhen. Denn dieses bleibt stets als Quelle neuer Ansprüche bestehen,[1]) mag auch seine praktische Verwertbarkeit infolge der Anspruchsverjährung oft genug illusorisch gemacht werden, so wenn das Eigentum nach der Verjährung des Herausgabeanspruches zu einem dominium sine re herabsinkt.

Nicht so unbestritten ist das Verhältnis des persönlichen Anspruches zum obligatorischen Recht. Nach der einen Ansicht fallen beide Begriffe zusammen — weil in der Regel Inhalt der Forderung zugleich Inhalt des Anspruches ist —, nach der anderen Meinung dagegen ist auch hier wie bei den dinglichen Ansprüchen eine begriffliche Scheidung vorzunehmen. Der letzteren Ansicht ist m. E. der Vorzug zu geben.

§ 241 BGB. definiert: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". Die „Forderung" verhält sich also zum „Schuldverhältnis" wie die Folge zur Ursache. Trotzdem — und m. E. sehr mit Unrecht — werden diese Begriffe nicht nur in der Literatur,[2]) sondern selbst vom Bürgerlichen Gesetzbuch[3]) oft genug vermengt, vielleicht in Nachwirkung des Begriffes obligatio, der sowohl die Berechti-

---

[1]) So viel sei schon hier von den Wirkungen der Verjährung vorweggenommen, da eine nähere Betrachtung der Verjährung dinglicher Ansprüche über den Rahmen vorliegender Aufgabe hinausfallen würde.

[2]) vgl. Wendt S. 388 ff.

[3]) Fischer-Henle § 241 Anm. 5.

gung des Gläubigers, als auch die Verpflichtung des Schuldners,[1]) wie endlich auch das iuris vinculum zwischen ihnen zum Ausdruck brachte.[2]) Eine Identität von Anspruch und Schuldverhältnis dürfte daher ernstlich wohl auch niemand behaupten.[3]) Es fragt sich nun aber, ob denn wenigstens Anspruch und Forderung gleichbedeutend sind. M. E. ist auch diese Identifizierung abzulehnen. Es spricht gegen diese Gleichstellung eine Reihe der gewichtigsten Bedenken.

Kann man schon daraus, daß in der späteren Entwicklung des römischen Rechts die „actiones in personam" zugunsten des persönlichen Rechts, auf dem sie beruhen, ihre primäre Stellung verloren, einen die hier vertretene Ansicht stützenden Schluß zulassen — die römischen Juristen hatten also doch schon das Gefühl irgendeines Unterschiedes, auch wenn subjektives Recht und actio sich inhaltlich deckten —, so ergibt sich eine weitere Divergenz aber auch aus dem das römische Recht kennzeichnenden Gegensatz von zivilen und naturalen Obligationen. Denn beide Obligationsarten stehen sich zwar hinsichtlich ihrer Begründung gleich[4]): in jedem Falle wird eine obligatorische causa gefordert, d. h. eine solche, die vom Recht ausdrücklich „als eine obligierende, als eine zur Hervorbringung von Verbindlichkeiten taugliche" anerkannt ist.[5]) Daß der obligatio naturalis die Möglichkeit klageweiser Geltendmachung fehlte, hatte seinen Grund lediglich in dem Hinzutreten bezw. Nichthinzutreten gewisser Umstände[6]) bei dem

---

[1]) Anders Hellwig S. 39: „Anspruch ist das Schuldverhältnis betrachtet von der Seite des Berechtigten; Verbindlichkeit ist das Schuldverhältnis betrachtet von der Seite des Verpflichteten". Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht folgt einmal aus der scharfen Trennung der Begriffe, an der das BGB. festhält, dann aber auch m. E. schon aus dem Worte „Schuldverhältnis", das notwendigerweise die gegenseitigen Beziehungen der Parteien begreift.

[2]) Wir haben es hier nach herrschender Ansicht (vgl. Fischer S. 65; Windscheid, actio S. 3) nicht mit einem System von subjektiven Rechten zu tun, als vielmehr mit einem solchen von Aktionen, von prozessualen Rechtsmitteln. And. A. ist Schott S. 130ff., bes. S. 144: „Sie ist in ihrer prozessualen Bedeutung lediglich das Prozeßmittel, die Prozeßformel. Im übrigen ist sie materiellrechtlich als subjektives Recht dasselbe, was wir heute Anspruch nennen". Vgl. auch Wlassak, Artikel actio, in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie.

[3]) And. A. Hellwig S. 39: „Der Anspruch (das Forderungsrecht) ist mit demjenigen Schuldverhältnisse, welches es darstellt, identisch" (vgl. auch oben Anm. 1.)

[4]) Klingmüller S. 258f.

[5]) Schwanert S. 157.

[6]) So wurde z B. dem Gelddarlehen der Hauskinder durch das Senatus Consultum Macedonianum die Klagbarkeit entzogen. Vgl. l. 9 §§ 4ff. D. 14, 6. Die Verjährung der Forderung ließ eine naturalis obligatio bestehen (allerdings bestritten [s. unten S. 11, 2. u. 3]), und Schuldverträge, die ohne die gesetzliche Form geschlossen wurden, blieben doch wenigstens als natürliche Verbindlichkeiten bestehen, wenn nur die übrigen Voraussetzungen für ihre rechtliche Existenz vorhanden waren, so z. B. l. 5 § 2 D. 46, 3 und l. 11 § 3 D. 13, 7.

Abschluß der Obligation, deren nähere Betrachtung nicht hierher gehört. War sonach der Gläubiger auch nicht als creditor[1]) anzusprechen, so kann man ihm trotzdem nicht ein „Recht" auf die Leistung des Schuldners aberkennen. Denn für diesen bestand eine natürliche Verpflichtung, auf deren Erfüllung das „Leistensollen des Schuldners", das „Recht" des Gläubigers[2]) zielte kraft des vinculum aequitatis,[3]) das den Schuldner an den Gläubiger band.

Auch das geltende Recht kennt Schuldverhältnisse, aus denen eine klagbare Verpflichtung nicht entsteht.[4]) Ob sie mit den Naturalobligationen des römischen Rechts kongruent sind, mag an dieser Stelle unerörtert bleiben. Insofern sind sie ihnen aber an die Seite zu stellen, als auch hier von der Nichtbegründung eines Rechts, einer „Forderung" für den Gläubiger nicht die Rede sein kann, schon um deswillen nicht, weil die Rückforderung der einmal erfolgten Leistung ausgeschlossen ist.[5]) Also muß die Erfüllung eine rechtliche Grundlage haben — das kann aber nur eine Forderung (vgl. § 362 BGB.) sein —, wenn anders die Bestimmungen der angezogenen Paragraphen juristisch erklärt werden sollen.[6]) Die Definition des § 241 BGB. paßt daher ebenso auf die regelmäßigen, wie sie auf die natürlichen Verbindlichkeiten bezogen werden muß.[7]) Auch hier wird der Gläubiger „berechtigt, eine Leistung zu fordern", wenn ihm auch die Möglichkeit aggressiver Geltendmachung seines Rechts im Wege der Klage verschlossen bleibt. Ihm fehlt eben der „Anspruch" im Sinne des

---

1) l. 10 D. 50, 16.

2) And. M. Schwanert S. 168.

3) l. 95 § 4 D. 46, 3. In Wahrheit handelt es sich auch hier, da ja die Naturalobligation immer noch obligatio ist (vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 4 S. 9), um ein Rechtsband, allerdings nicht in dem Sinne von Inst. III, 13 (secundum nostrae civitatis iura), sondern um ein Recht des ius naturale auf der Grundlage der aequitas. Vgl. auch Schneider, Zeitschr. S. 138: „Die natürliche Verbindlichkeit ist ebensogut wie die klagbare ein lien de droit, das sich um Gläubiger und Schuldner schlingt, nicht etwa bloß ein lien de l'équité.

4) vgl. §§ 656, 762, 764 BGB.

5) vgl. §§ 656 Abs. 1 Satz 2, 762 Abs. 1 Satz 2.

6) Damit läßt sich aus dem BGB. folgern, was andere Gesetze wortdeutlich zum Ausdruck bringen. Vgl. code civil art. 1235: Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles, qui ont été volontairement acquittées.

7) Die Motive (Bd. 2 S. 3) sagen zwar: „Unter Schuldverhältnis ist grundsätzlich die klagbare Obligation, ein Schuldverhältnis, bei welchem die Erfüllung der Verbindlichkeit erzwingbar ist, verstanden". Diese Absicht hat aber im geltenden Recht zum mindesten keinen Ausdruck gefunden.

§ 194 BGB.[1]) Denn dieser setzt, wie hier schon kurz angedeutet sein mag, die Möglichkeit klageweiser Geltendmachung voraus.

Anspruch und Forderung unterscheiden sich aber auch inhaltlich. Das zeigt sich besonders bei den „zusammengesetzten Schuldverhältnissen, d. h. denjenigen, die nicht auf eine von vornherein genau bestimmte Einzelleistung gehen, sondern während ihres meist auf längere Zeit berechneten Bestehens eine Vielheit besonderer Leistungspflichten aus sich erzeugen".[2]) Die „Forderung" besteht hier in dem Recht auf die Gesamtheit der Leistung. Sie existiert, ohne daß der konkrete Anspruch auf Erfüllung der einzelnen Leistungspflicht schon gegeben zu sein braucht.[3]) Aber auch bei denjenigen Schuldverhältnissen, deren Inhalt nach dem Willen der Parteien in der Vornahme einer einzelnen Handlung bestehen soll, können Ansprüche — man denke nur an Schadensersatzansprüche u. dgl. — entstehen, deren Ursprung die „Forderung" ist, also erst mittelbar das Schuldverhältnis, aus dem erst ihrerseits wieder die Forderung entsteht. Die Nichtidentität zeigt sich sodann darin, daß der Anspruch untergehen kann, ohne daß dadurch der Bestand der Forderung berührt wird, worauf noch bei den Wirkungen der Verjährung des näheren einzugehen sein wird, endlich aber darin — und das ist nicht nur von theoretischer, sondern auch einschneidend praktischer Bedeutung —,[4]) daß im Anspruchsbegriff die Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung des Rechts zum Ausdruck gelangt, während bei der Forderung die „Zwangsmacht des Gläubigers zwar regelmäßige Begleiterscheinung,

---

[1]) Den gerade entgegengesetzten Standpunkt nimmt Hölder (Arch. f. bürgerl. R. S. 221) ein: „Ist trotz der Verjährung die Rückforderung ausgeschlossen, so begreift es jeder Laie, daß ich zwar nichts mehr ‚fordern' oder die Leistung nicht mehr erzwingen kann, aber das freiwillig Geleistete als ein mir Gebührendes behalten darf. Habe ich es aber als ein mir Gebührendes, so habe ich es als ein solches, auf das ich einen wenngleich nicht mehr erzwingbaren ‚Anspruch' hatte". Vgl. dagegen Hölder, Zeitschr. S. 52: „Im Sinne des Gesetzes habe ich aus Naturalobligation keinen ‚Anspruch' auf die Leistung". Das letztere allein kann nur richtig sein. Denn das Gesetz sagt in manchen Fällen, z. B. §§ 656, 762, 764: Eine Verbindlichkeit wird nicht begründet. Die Verbindlichkeit entspricht aber nach dem technischen Sprachgebrauch des BGB. dem Anspruch des Berechtigten, wie die Verpflichtung des Schuldners der Forderung des Gläubigers gegenübersteht. Es ist nicht ersichtlich, warum das Gesetz nicht die näherliegende Fassung gewählt hat: „wird ein Anspruch nicht begründet", um so mehr, weil da, wo eine Verbindlichkeit besteht, immer ein Anspruch vorhanden ist, der Anspruch also notwendige Voraussetzung für die Verbindlichkeit ist und darum zunächst in Erscheinung treten muß. Ebenso Schlegelberger S. 147.

[2]) Oertmann Vorbem. S. 2c.

[3]) Crome Bd. 1 § 115, 2 S. 509; Schollmeyer Vorbem. Ziff. 3 S. 2.

[4]) Wie sich später bei Behandlung des Zurückbehaltungsrechtes noch zeigen wird. Vgl. auch Kretzschmar S. 132 f.: „Das zeigt sich in der Zwangsvollstreckung, die nur zur Befriedigung des Anspruchs führt, nicht aber Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners ist".

durchaus aber keine absolute und begrifflich notwendige ist".[1]) M. E. sind daher Forderung und Anspruch begrifflich scharf auseinanderzuhalten, eine Auffassung, die gegenüber der früheren herrschenden in neuester Zeit von einer großen Anzahl Autoren anerkannt wird.[2]) [3])

§ 2.

b) Nähere Entwicklung des Anspruchsbegriffes.

Gegenstand der Verjährung ist sonach lediglich der Anspruch, nicht die Forderung. Daß aber das beide Begriffe trennende Moment der Klagbarkeit dem Anspruche allein innewohnt, bedarf noch näherer Beweisführung.

In der Legaldefinition des § 194 soll nach dem zwar nicht ausdrücklich ausgesprochenen, aber unschwer zu entnehmenden Willen der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch[4]) (Bd. 1 S. 291) der Begriff des Anspruchs, wie ihn Windscheid für das gemeine Recht aufgestellt hatte, gesetzliche Anerkennung gefunden haben. Windscheid sah in dem Anspruch den Ausdruck für „dasjenige, was man von einem anderen verlangen kann",[5]) oder „das Recht, von einem anderen etwas zu verlangen",[6]) und stellt damit seinen Anspruchsbegriff in bewußten Gegensatz zur actio des römischen Rechts, dem Klagerecht im materiellen Sinne, das nach

---

[1]) Klingmüller S. 271.

[2]) vgl. Dernburg, BGB. Bd. 1 § 42 III S. 115; Oertmann Vorbem. S. 2; Staudinger Bd. 1 § 194, 2 S. 627; Crome Bd. 1 § 35, 1 S. 180; Cosack § 80 I, 2b S. 355; Goldmann-Lilienthal § 60 I S. 230; Fischer-Henle § 241 Anm. 5; Kretzschmar S. 132; ten Hompel S. 58; die Dissertationen von v. Högen S. 28 ff., Abegg S. 63, Clausen S. 4; and. M. Mot. Bd. 1 S. 291; Endemann § 86, 2 S. 452; Planck Bd. 1 Vorbem. VII S. 52; Enneccerus § 203 III S. 511; Leonhard, BGB. § 56 S. 199; Neumann § 194 Anm. 1; Gareis § 194, 1a S. 229; Hellwig S. 5 ff.; Wendt S. 388, 394; vgl. auch RG., das z. B. in Entsch. d. RG. Bd. 62 S. 179 ff. durchweg von der Verjährung der Kaufpreisforderung spricht.

[3]) Eine Erschwerung der juristischen Denkarbeit wird dadurch, wie Enneccerus § 203 III S. 511 glaubt, m. E. nicht begründet. Die Trennung von Recht und Anspruch, die sich auf dem Gebiete der dinglichen Rechte spielend vollzieht, läßt sich auch auf die obligatorischen Rechte ausdehnen, wenn man nur neben dem allerdings erforderlichen Bedürfnis „die Dinge realistisch zu erfassen", auch dem „systematischen Gefühl" sein gutes Recht zukommen läßt. Mit Recht bezeichnet daher ten Hompel S. 58 f. diesen Gegensatz zwischen absoluten und persönlichen Rechten als einen „künstlich und systemwidrig in die Darstellungen des Rechts hineingetragenen".

[4]) vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 §§ 43 f.

[5]) Windscheid, actio S. 5.

[6]) Windscheid, Pand. Bd. 1 § 43 S. 182.

der Definition des Celsus „nihil aliud est quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi".[1]) Es ist hier nicht der Ort, mit dem Anspruchsbegriff der Windscheidschen Theorie zu rechten; nur so viel sei gesagt, daß auf ihn wohl die unglückselige Vermengung des Forderungsbegriffes mit dem des Anspruchs zurückzuführen ist, und daß es deshalb als ein großer Gewinn zu betrachten ist, daß nach der Definition des Bürgerlichen Gesetzbuches eine reinliche Scheidung zwischen beiden Begriffen möglich ist.[2]) Denn der Unterschied in der Wortfassung des § 241, wonach der Gläubiger berechtigt ist, „kraft des Schuldverhältnisses eine Leistung zu fordern", und der des § 194, der dem Berechtigten „das Recht gibt, ein Tun oder Unterlassen zu verlangen", kann nicht rein zufälliger Natur sein.[3]) In dem Ausdruck „verlangen" liegt die Befugnis zur Anwendung der stärksten zu Gebote stehenden Machtmittel, falls der Verpflichtete sich seiner Leistungspflicht entzieht, ein Ausdruck für die Berechtigung unmittelbarer Einwirkung auf den widerspenstigen Willen des Schuldners. Der Begriff des Forderungsrechtes ist als ein Ausdruck lediglich für die Tatsache der Berechtigung gegenüber einer Person von diesem Momente befreit,[4]) es ist „das Recht im Zustande der Ruhe, während der Anspruch das Recht im Zustande der Geltendmachung, d. h. der Bewegung nach außen" ist.[5]) Diese Bewegung aber ist das „Sichdurchsetzen gegenüber dem fremden Willen, welcher sich passiv verhält, wo er aktiv sein soll, ein Antreiben, wo der Selbstantrieb ausbleibt".[5])

Ich sagte, in dem Anspruch liegt die Befugnis zur Anwendung der nötigenfalls stärksten Machtmittel. Diese liegen aber auf dem Gebiete des Rechts in der Heranziehung der staatlichen Hilfe, des Gerichtsschutzes. So ist also dem Anspruchsbegriff geradeso wie

---

[1]) l. 51 D. 44, 7.

[2]) Damit soll aber nicht gesagt sein, daß nun auch das BGB. die Begriffe streng durchgeführt hat. Vgl. unten S. 23 f.

[3]) vgl. dazu § 271: Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort „verlangen", der Schuldner sie sofort bewirken, im Gegensatz zu der Fassung des § 241. Die Forderung in § 271 befindet sich gegenüber dem Recht in § 241 also in einem fortgeschrittenen Stadium: das nach § 241 indifferente Recht beginnt sich gegen den Verpflichteten durchzusetzen. Daß „überhaupt nach dem technischen Sprachgebrauch des BGB. unter Verlangen das Recht zu verstehen ist, etwas im Wege der Klage zu dürfen", darauf hat besonders Dernburg, BGB. Bd. 1 § 42 III und Anm. 6 S. 116 hingewiesen. An der wechselnden Fassung der Entwürfe zum BGB. weist er treffend nach, daß da, wo der Gebrauch des Wortes „verlangen" zu Undeutlichkeiten zu führen schien, man sich im 2. Entw. nicht gescheut habe, „klagen" an seine Stelle zu setzen"; vgl. z. B. BGB. §§ 1565 ff. und 1. Entw. § 1441, BGB. §§ 1468 ff. und 1. Entw. §§ 1372 ff.

[4]) Thon S. 6 ff.; Klingmüller S. 267.

[5]) Kuntze S. 76; ähnlich Endemann § 86, 1 S. 451.

der actio des römischen Rechts ein „Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes"[1]) immanent, gerade das Moment, das nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er in den Motiven zum Ausdruck kommt, dem Anspruchsbegriffe fehlen sollte. Es ist bezeichnend für die Nichtidentität des Windscheidschen Anspruchsbegriffes mit dem, wie er aus dem fertigen Gesetze hervorgeht, daß der Ausdruck „Anspruchsverjährung", der sich im 1. Entwurfe (vgl. § 154) fand, infolge wichtiger materiellrechtlicher Änderungen später fallen mußte. Denn was das Gesetz tatsächlich geschaffen hatte, war ein getreues Abbild der Klagenverjährung des alten römischen Rechts, so daß „von der Anspruchsverjährung allmählich nichts mehr übrigblieb als ihre Proklamierung".[2]) Und doch kann man auch heute noch vom Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuches aus mit Fug und Recht von einer Anspruchsverjährung im wahren Sinne des Wortes sprechen, faßt man nur den Anspruch in dem hier gebrauchten Sinne als die materiellrechtliche Befugnis, eine Leistung von dem Beklagten durch Staatshilfe zu erzwingen.[3])

Das Moment der Klagbarkeit ergibt sich aber auch indirekt aus dem Gesetze selbst.[4]) Denn soll die Verjährung ihrem Zwecke gerecht werden, soll sie fähig sein, auf bestehende Rechte die ihrem Zwecke nach erforderlichen einschneidenden Wirkungen auszuüben, so kann sie dies nur dann erreichen, wenn sie die Rechte im Stadium ihrer Geltendmachung, und zwar der stärksten Art der Geltendmachung ergreift. Das ist aber nur möglich bei Rechten, die im Wege der Klage durchgesetzt werden können. Da nun § 194 die der Verjährung unterworfenen Rechte als Ansprüche definiert, legt das Gesetz selbst das Element der Klagbarkeit in den Anspruchsbegriff hinein.[5]) Die hier vertretene Ansicht wird denn auch in neuerer Zeit von der überwiegenden Mehrheit

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 44 S. 190.

[2]) Klingmüller S. 216. Näheres über die Wirkungen der Verjährung s. unten S. 11 ff.

[3]) Dernburg, BGB. Bd. 1 § 174 II S. 574. In dieser Definition liegt m. E. durchaus nicht, wie Langheineken S. 23 meint, das prozessuale Moment der zwangsweisen Durchsetzbarkeit ausgesprochen. Auch ist die Berufung auf § 888 Abs. 2 ZPO. als auf eine positive Ausnahmebestimmung nicht unanfechtbar.

[4]) vgl. dazu auch oben S. 9 Ziff. 3.

[5]) vgl. dazu Matthiaß § 64 I A S. 149: „Nur wenn der Anspruch im Wege der Klage verfolgt werden kann, sind Ansprüche im Sinne der Verjährungsvorschriften gegeben". Allerdings in schroffem Gegensatz zu § 16 III C S. 29: „Dem Anspruche ist die Klagbarkeit nicht wesentlich". Einen von dem allgemeinen Anspruchsbegriffe verschiedenen Anspruch im Sinne der Verjährungsvorschriften aufzustellen, ist, das bedarf keiner weiteren Begründung, unzulässig.

der Autoren — wenn auch mit geringen Modifikationen im einzelnen — gebilligt.[1])

2. Die Wirkungen der Verjährung.

§ 3.

a) Auf den Anspruch.

Bezüglich der Wirkungen der Verjährung standen sich in der gemeinrechtlichen Doktrin die Anhänger zweier Richtungen gegenüber. Die einen verteidigten die schwächere Wirkung der Verjährung, d. h. sie nahmen trotz Verjährung des Anspruches ein Fortbestehen desselben als naturalis obligatio an,[2]) während die Anhänger der stärkeren Wirkung für den restlosen Untergang des Anspruches eintraten.[3]) Diese letztere Auffassung sollte nach den Motiven[4]) in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen sein. Es war nur natürlich, daß diese Behauptung bei der Inkonsequenz,[5]) mit der die Wirkungen der Verjährung festgesetzt wurden, den stärksten Widerspruch in der Literatur fand.[6]) Es ist daher heute fast einstimmig die schwächere Wirkung der Verjährung anerkannt. Und dennoch, meine ich, muß bei Zugrundelegung des hier vertretenen Anspruchsbegriffes, wie wir eine Anspruchsverjährung im wahren Sinne anerkannt haben, auch konsequenterweise die

---

[1]) So außer Dernburg, BGB. Bd. 1 § 174 II S. 574; Planck Bd. 1 5. Abschn. Ziff. 1 S. 332; Staudinger Bd. 1 § 194, 4 S. 629; Schollmeyer Vorbem. 3 S. 2; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 44 Anm. 1a S. 190; Cosack Bd. 1, 1 § 17 I, 1; Bähr S. 287; Hanausek S. 314; Bolze S. 761; Leonhard, Z. S. 340; Bekker S. 57; Schäfer S. 438f.; Thon S. 280; Hölder, Z. S. 51, Ziv. Prax. S. 9; die Dissertationen von Hoffmann (S. 5), Berent (S. 23), Levy (S. 56), v. Högen (S. 2), Hirschfeld (S. 23); and. M. Endemann § 86 Anm. 6 S. 451; Leonhard, BGB. § 55 I S. 193; Sahm S. 60, 64; Langheineken S. 22; Fischer-Henle § 194 Anm. 1.

[2]) Vertreter dieser Richtung sind: Savigny, System Bd. 5 §§ 248—251, bes. S. 367, 407; Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 96ff.; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 150 Ziff. 2 S. 350; Unterholzner Bd. 2 § 258; Schwanert S. 552; Arndts § 277; Brinz Bd. 1 § 514 S. 404.

[3]) Windscheid-Kipp § 112 Anm. 3 S. 514; v. Vangerow Bd. 1 § 151; Sintenis § 31 Anm. 57; Dahn S. 20, 25; vgl. auch RGE. Bd. 2 S. 158.

[4]) Mot. Bd. 1 S. 342.

[5]) Denn da die Mot. Bd. 1 S. 291 an der Identität des Anspruchs- und Forderungsbegriffes festhalten (vgl. oben S. 8 Note 2), konnte von einer Anspruchsverjährung schlechterdings nicht die Rede sein, da ja der Anspruch, obwohl verjährt, mit Rücksicht auf §§ 222, 223, 390 Satz 2 immer noch fortbestehen müßte.

[6]) Es seien hier nur genannt: Dernburg, BGB. Bd. 1 § 174, Bd. 2 S. 574; Staudinger Bd. 1 § 194, 4 S. 628f.; Planck Vorbem. I zu § 194 S. 332; Gierke S. 174; Bähr S. 237; Hanausek S. 321, 323, 331.

stärkere Wirkung beibehalten werden.[1]) Denn nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Geltendmachung des Anspruchs durch eine peremtorische Einrede zu inhibieren (§ 222 Abs. 1). Die Einrede der Verjährung berührt also die Existenz des Anspruches: er ist als untergegangen anzusehen, d. h. er ist erloschen.[2]) Zwar scheint die Fassung des Gesetzes damit im Widerspruch zu stehen. Tatsächlich ist dies aber nicht der Fall. Denn durch sie soll lediglich darauf hingewiesen werden, daß der Untergang des Anspruchs von der Tätigkeit des Schuldners, also von der Geltendmachung der Verjährungseinrede abhängt. Die im Gesetz statuierten Wirkungen der Verjährung lassen sich aber m. E. viel leichter in das System der stärkeren als das der schwächeren Wirkung einordnen, ohne daß es einer Konstruktion bedarf, die man, will man ihr nicht den Vorwurf machen, unlogisch und darum unhaltbar zu sein, zum mindesten als gekünstelt und unnatürlich ansprechen muß. Denn es ist nur erforderlich, den Begriff des Anspruchs von dem der Forderung zu trennen, um zu erkennen, daß die im Gesetz getroffene Regelung so selbstverständlich ist, daß es — wenn nicht aus Utilitätsgründen — kaum einer besonderen Normierung bedurft hätte. Denn das „zur Befriedigung eines Anspruchs Geleistete" (vgl. § 222) ist eigentlich nicht zu diesem Zwecke geleistet, sondern zu dem Zwecke, daß das Schuldverhältnis nach § 362 erlösche, also zur Tilgung des Forderungsrechtes, das ja nach der Verjährung des Anspruchs fortdauert; und besteht, wie es in § 223 Abs. 1 heißt, eine Hypothek oder ein Pfandrecht für einen Anspruch, so besteht die Sicherung eigentlich nicht für den „Anspruch", sondern für die „Forderung" (vgl. §§ 1113 u. 1204).[3]) Und endlich in § 390 Satz 2 stehen sich ebenfalls nicht „Ansprüche", sondern „Forderungen" gegenüber. Daher ist die Ausdehnung der Aufrechnungsmöglichkeit auf verjährte Ansprüche in § 390 Satz 2[4]) auch keine Anerkennung der schwächeren Wirkung der

---

[1]) Diese Kontroverse ist praktisch zwar von untergeordneter Bedeutung. Es ist nur eine Frage juristischer Konstruktion, da ein Dissenz über die Wirkung der Verjährung bei der im Gesetz getroffenen zweifelsfreien Regelung ausgeschlossen ist. Dennoch sollte man mit Rücksicht auf die einheitliche logische Durchführung des Anspruchsbegriffes auch hier konsequent bleiben.

[2]) Thon S. 281; Geyer S. 33 f.; Bolze S. 761; Hellwig S. 10 und Hölder, BGB. S. 405 VII, die beide die Einrede als Anfechtungsrecht auffassen; Enneccerus § 218 II, 2 S. 545; vgl. dazu die Fassung, die der Teilentwurf des Redaktors enthielt (nach Fischer S. 121): „Die vollendete Verjährung hebt den Anspruch, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, vollständig auf. Der Richter darf die Verjährung nicht von Amts wegen berücksichtigen".

[3]) Das gleiche gilt von Abs. 2 des § 223.

[4]) § 390 Satz 2 bestimmt: „Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war".

Verjährung, sondern lediglich ein Ausfluß der eigentümlichen Natur der Aufrechnung.[1]) Muß man diese „Funktion des verjährten Anspruches" sonach auf ihren eigentlichen Ausgangspunkt, die „Forderung" beziehen, bleibt für eine Existenz des Anspruchs schlechterdings kein Raum mehr.[2]) Er ist ein totes Gebilde, da sein Lebenselement,[3]) die Klagbarkeit durch die Geltendmachung der Verjährung, zerstört ist.

§ 4.

b) Auf die Forderung.

Da nur der Anspruch verjährt, bleibt die Forderung in ihrer Existenz unberührt.[4]) Dennoch wirft — wie nur natürlich, da

---

[1]) Ein spezielleres Eingehen auf diese Paragraphen erübrigt sich an dieser Stelle. Sie werden später im Zusammenhange mit dem Zurückbehaltungsrecht erörtert werden

[2]) Daran kann auch nichts ändern ein Argument, auf das besonders Cosack § 21 II, 3 d β hinweist (vgl. auch Planck Bd. 1 Vorbem. 8 S. 53): „Der Anspruch ist auf immer vollwirksam, wenn die Gegenpartei auf die Einrede rechtsgültig verzichtet. Wäre der Anspruch durch die Einrede endgültig aufgehoben, so würde solch ein Verzicht nicht ausreichen, sondern der Anspruch müßte neu begründet werden; da er aber der Einrede ungeachtet fortbestanden hat, bedarf es der Neubegründung nicht". Dasselbe muß m. E. aber auch dann gelten, wenn der Anspruch untergegangen ist; denn durch den Verzicht wird die Wirkung der bereits geltend gemachten Einrede zurückgenommen; das Gesetz würde nach seiner Ausdrucksweise sagen: die Einrede gilt als nicht erhoben. Also lebt der Anspruch ohne weiteres wieder auf. Auch die Gründe, die Staffel S. 668 zur Stütze der gegnerischen Ansicht anführt, sind m. E. nicht stichhaltig. Er meint: „Gegen die anspruchsvernichtende Wirkung spricht, daß die peremtorische Einrede nicht außerhalb des Prozesses geltend gemacht werden könne". Das ist nicht richtig. Niemand kann gehindert werden, die Einrede der Verjährung geltend zu machen, noch bevor der Berechtigte den Anspruch erhebt. Das folgt aus § 222, wo von der Voraussetzung der Geltendmachung eines Anspruches mit keinem Worte die Rede ist. Wenn aber das Leistungsverweigerungsrecht in dieser Weise statuiert ist, muß es vom Gesetz auch als ein mit rechtlichen Wirkungen versehenes anerkannt sein. Erhebt daher der Gläubiger Klage, obwohl der Verpflichtete ihm bereits mitgeteilt hat, daß er von dem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch mache, erfolgt die Abweisung der Klage, weil der Anspruch materiell unbegründet ist. Diese Ansicht, die die Einrede der Verjährung auch außerhalb des Prozesses mit rechtlicher Wirkung geltend machen läßt, ist wohl die herrschende. Vgl. Sahm S. 90 f.; Hölder, Ziv. Prax. S. 110; Crome Bd. 1 § 36, 1 S. 184; Hellwig S. 10 ff.; and. M. außer den bereits Genannten Friedenthal S. 66, der die erzielte Wirkung lediglich als eine psychologische ansieht.

[3]) Bolze S. 761.

[4]) Das BGB. hat mit Recht eine Bestimmung vermieden, wie sie sich im § 170 BGB. für das Königreich Sachsen findet: „(Infolge der Verjährung steht der Klage eine Einrede entgegen, durch welche sie gegen den zu dieser Einrede Berechtigten unwirksam gemacht wird.) Bei Klagen aus Forderungen werden mit der Verjährung die letzteren wirkungslos". Vgl. auch § 1016: „Forderungen erlöschen durch Verjährung". Es ist daher auch nicht ganz richtig, von einer „ver-

ja die anspruchsbegabte Forderung gegenüber dem reinen Forderungsbegriffe etwas rechtlich Qualifiziertes ist — der Untergang des Anspruchs seine Schatten auch auf die Forderung. Sie bleibt bestehen, aber gelähmt in der Fähigkeit, ihre vollen Wirkungen zu entfalten, als „ein nudum ius, eine obligatio sine re, ganz gleichartig dem dominium sine re",[1]) das nach der Verjährung des dinglichen Anspruches zurückbleibt. Wir haben es also mit einer Forderung zu tun, die der Möglichkeit, sich durch Klage durchzusetzen, entbehrt; sie ist eine unerzwingbare oder, wenn man so will, im Anklange an das römische Recht, eine natürliche Verbindlichkeit.[2])

§ 5.

c) Auf die Einreden.

Mit den Erörterungen über den Untergang des Anspruches steht im engsten Zusammenhang die Frage, ob die Einreden, die dem Anspruchsberechtigten zustehen, von dem Erlöschen des Anspruchs betroffen werden. Einreden sind nach dem vorherrschenden Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs Leistungsverweigerungsrechte,[3]) also Gegenrechte des Verpflichteten, die sich gegen das Recht in seiner Geltendmachung, d. h. den Anspruch richten. Sie sind ihrer Natur nach nur tauglich zur Verteidigung, nicht aber auch zum Angriff und können daher, da sie nicht Ansprüche im Sinne des § 194 sind, auch nicht Gegenstand der Verjährung sein. Es gilt daher noch heute der Satz: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua.[4]) Dieses Prinzip der Unverjährbarkeit der Einreden ist aber nicht dahin aufzu-

---

jährten Forderung" zu sprechen. Doch ist der Ausdruck zur Bezeichnung der trotz der Unmöglichkeit aktiver Geltendmachung fortbestehenden Existenz vielleicht nicht ganz unpassend und jedenfalls der Kürze wegen gegenüber der umständlichen Fassung: einer Forderung, deren Anspruch durch die Verjährung untergegangen ist, zu empfehlen.

[1]) ten Hompel S. 59.

[2]) Einen Untergang der Forderung und damit Ausschluß des Retentionsrechtes nimmt Sievers S. 304 an: „Bestand oder Nichtbestand der Forderung bedingen Bestand oder Nichtbestand des Zurückbehaltungsrechts. Auch die Verjährung kommt im Ergebnis dem gleich; wenn sie auch das Zurückbehaltungsrecht nicht sofort zum Erlöschen bringt, so ist es doch in die Hand des Schuldners gelegt, durch Geltendmachung seiner peremtorischen Einrede die Befriedigung zu vereiteln".

[3]) vgl. die §§ 202, 222 Abs. 1, 273 Abs. 1 u. 2, 320 Abs. 1, 321, 322 Abs. 1, 478, 490, 633 Abs. 2 u. a.

[4]) l. 5 § 6 D. 44, 4; vgl. Crome Bd. 1 § 115 Anm. 9 S. 505: Anspruch vergeht, Einrede besteht.

fassen, daß die Gegenrechte nun überhaupt nicht durch Zeitablauf berührt würden.[1])

Unter ihnen sind in dieser Beziehung die selbständigen und unselbständigen Einreden zu unterscheiden. Selbständige Einreden sind diejenigen, welche lediglich der Abwehr eines Anspruches dienen, unselbständige dagegen diejenigen, welche die Geltendmachung des Anspruches bezwecken,[2]) daher, weil ihrem Inhalte nach dem ihnen zugrunde liegenden Anspruch kongruent, auch als Ansprüche geltend gemacht werden können.[3]) Als Grundlage dieser letzteren Einreden kann folgerecht lediglich der „Anspruch" in Betracht kommen, während die Basis der selbständigen Gegenrechte entweder eine Tatsache oder ein Recht sein kann.[4]) [5]) Für diese selbständigen Einreden gilt der oben festgestellte Grundsatz uneingeschränkt: sie werden durch die Verjährung nicht berührt. In allen den Fällen aber, in denen sich die Einrede auf einen Anspruch stützt, also unselbständig ist, muß sie das Schicksal teilen, das den Anspruch trifft: sie fällt und steht mit dem Anspruch, der sie gebar. Es ist aber daran festzuhalten, daß die Einreden nicht „verjähren", sie erlöschen vielmehr, nicht „weil sie verjähren oder obwohl sie nicht verjähren, sondern weil sie materiell unbegründet sind".[6])[7]) Im Effekt kommt dies auf dasselbe heraus, was manche Schriftsteller dadurch ausdrücken, daß nach der Verjährung des Anspruches seine Geltendmachung auch im Wege der Einrede nicht mehr möglich ist.[8])

Welche Einreden des Bürgerlichen Gesetzbuchs im einzelnen nun eine selbständige Natur haben, und welche von dem zugrunde

---

[1]) So Dernburg Bd. 1 § 182 VI S. 604; Staudinger Bd. 1 § 194 Anm. 8 S. 632; Abegg S. 75; Reimer S. 12.

[2]) Hanausek S. 320.

[3]) Planck Bd. 1 Vorbem. VIII S. 53.

[4]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 47 S. 208.

[5]) Ein Recht, also eine Forderung, kommt als Stützpunkt der Einrede immer dann in Betracht, wenn der Einredeberechtigte, also der Verpflichtete, zugleich ein Forderungsrecht gegen den Berechtigten hat, er die Einrede also nicht bloß als Verpflichteter, wie im Falle der Verjährungseinrede, sondern in seiner Eigenschaft als Forderungsberechtigter erhebt, wie dies bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Retentionseinrede der Fall ist. Eine Tatsache ist Quelle der Einrede immer dann, wenn der Einredeberechtigte nur diese Einrede, nicht auch ein sonstiges Recht hat.

[6]) Rehbein Bd. 1 5. Abschn. I, 4 S. 302.

[7]) Die hier vertretene Ansicht wird unterstützt von Mot. Bd. 1 S. 291; Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 158; Goldmann-Lilienthal § 60 C III S. 234; Langheineken S. 179: „Wenn die konkrete rechtliche Bedeutung der Einrede mit der des Anspruchs zusammenfällt, nicht dagegen, wenn diese Elemente inhaltlich verschieden sind, d. h. die Einrede selbständig neben der Obligation steht".

[8]) vgl. Cosack Bd. 1 § 74 d II, 1 c S. 329.

liegenden Anspruch abhängen, das zu untersuchen, kann hier nicht der Ort sein. Für den Rahmen der vorliegenden Aufgabe interessiert nur die begriffliche Feststellung der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes.

II. Das Zurückbehaltungsrecht.

1. Juristische Natur des Zurückbehaltungsrechtes.

§ 6.

Über die Natur des Retentionsrechtes herrscht Streit; im allgemeinen zwar nicht darüber, ob es als Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufzufassen ist — das spricht das Gesetz selbst in § 202 aus —, sondern über den Charakter dieser Einrede. Es fragt sich, ob sie eine selbständige, unmittelbar aus dem Forderungsrechte entspringende, also neben dem Anspruch stehende ist, oder ob sich Anspruch und Zurückbehaltungsrecht wie Ursache zur Folge verhalten.

Der ersteren Auffassung ist m. E. der Vorzug zu geben, denn im § 1000, der einen besonderen Fall des Retentionsrechtes, nämlich den gegenüber dinglichen Ansprüchen regelt, ist Voraussetzung der Zurückhaltung kein „Anspruch". Das Retentionsrecht ist gegeben — daraus folgt die Selbständigkeit der Einrede, worauf besonders Planck[1]) hinweist — auch dann, wenn der Besitzer der Sache einen Anspruch auf Ersatz der Verwendung wegen Mangel der im § 1001 bestimmten Voraussetzung nicht hat oder doch nicht geltend machen kann.[2]) Aber auch das Kennzeichen, das wir für die Unselbständigkeit der Einreden aufgestellt haben: es müßte die Einrede ihrem Inhalte nach dem ihr zugrunde liegenden Anspruche korrespondieren, trifft bei § 273 nicht zu; denn wenn jemand „wegen eines Anspruches auf Geld eine individuelle Sache zurückbehalten darf,[3]) so ist es klar, daß diese Befugnis dem Inhaber des Geldanspruches an sich fremd ist".[4]) Das Retentionsrecht erscheint hier also als ein akzessorisches, neben dem Anspruch stehendes Recht. Seine Quelle ist also nicht der Anspruch; darum ist die Einrede ihrer Natur nach eine selbständige. Dasselbe gilt aber auch für den Abs. 1 des § 273. Dieser bestimmt: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen

---

1) Planck Bd. 1 § 222, 3c S. 369.
2) Für das gemeine Recht vgl. Wildhagen S. 46.
3) vgl. § 273 Abs. 2.
4) Hahn S. 383.

Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis ihm die gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht)". Darin liegt ausgesprochen: Ist aus demselben Schuldverhältnis — im weitesten Sinne als einer rechtlich geordneten Beziehung zwischen zwei Personen gefaßt — außer der Verbindlichkeit des Schuldners für diesen eine Forderung entstanden, so ist gleichzeitig mit oder besser in dieser Forderung ein Recht der Retention der dem Schuldner gebührenden Leistung gegeben. Daß dieses Recht von gewissen Voraussetzungen — Fälligkeit der schuldnerischen Forderung, Zulässigkeit der Zurückhaltung nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses — abhängig gemacht wird, kann an der Selbständigkeit dieses Rechts nichts ändern. Diese Voraussetzungen dienen lediglich dem Zwecke, den das Zurückbehaltungsrecht verfolgt.

Daher ist es m. E. falsch zu sagen, das „Zurückbehaltungsrecht hänge von dem Bestehen eines fälligen Anspruches ab",[1]) in dem Sinne, daß der „Anspruch" die Grundlage des Zurückbehaltungsrechts bilde. Denn wäre der Anspruch die Wurzel des Zurückbehaltungsrechts, so müßte die Einrede bereits gegeben sein, bei einseitiger Begründung des Anspruches, lediglich infolge der Tatsache des Anspruchs. Daß dies aber nicht der Fall ist, bedarf kaum der Erörterung; denn das Retentionsrecht entsteht eben erst dadurch, daß der Anspruch des Schuldners mit dem des Gläubigers — wie das Gesetz sagt — in ein rechtliches Verhältnis tritt, dadurch, daß die tatsächliche Konnexität zu einer rechtlich anerkannten wird, die erst die Möglichkeit der Zurückhaltung schafft.

Noch auffallender tritt dies bei den gegenseitigen Verträgen zutage: die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beruht in der Gegenüberstellung der beiden Ansprüche, die sich notwendigerweise aus dem Wesen der synallagmatischen Verträge ergeben. Das folgt mit aller Klarheit m. E. schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, wenn es die Befugnis zur Verweigerung der Gegenleistung demjenigen gibt, „der aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet" ist. Wurzel dieser Einrede ist also nicht der Anspruch des Verpflichteten, sondern die Gegenseitigkeit der Berechtigungen, das Schuldverhältnis als solches, oder genauer die Forderung des Schuldners, da ja die Einrede auf das einseitige Recht des Einredebesitzers zurückgeführt werden muß, weil bei der Gegenseitigkeit der Berechtigungen schon ein Recht vorhanden ist, das

---

[1]) Planck Bd. 1 § 222, 3c S. 369.

die notwendige Grundlage aller weiteren rechtlichen Beziehungen des Schuldners zum Gläubiger bildet.

Ist sonach die Selbständigkeit der exceptio non adimpleti contractus erwiesen,[1]) so muß dasselbe auch für das Zurückbehaltungsrecht gelten, da die erstere Einrede lediglich eine Unterart der Retentionseinrede ist. Freilich ist dies in der Literatur sehr bestritten. In beiden Fällen jedoch, sowohl im § 273 als auch im § 320, geschieht die Geltendmachung des Rechtes im Wege der Einrede, die bei einer Klage auf Leistung zur Verurteilung Zug um Zug führt (vgl. §§ 274 u. 322). Aus der Erwähnung der beiden Einreden im § 202 läßt sich allerdings kein unbedingter Schluß ziehen: die asyndetische Aneinanderreihung spricht ebenso für die Zusammengehörigkeit, wie sie gegen sie ausgedeutet werden kann.[2]) Immerhin läßt sich darin, daß der Gesetzgeber in § 320 auf § 273 verweist — die Abwendung der Leistungsverweigerung durch Sicherheitsleistung ist ausgeschlossen — nicht nur ein äußerer Zusammenhang erblicken, sondern auch ein Hinweis auf zwei verschiedene Anwendungsfälle der im Gesetz ausgesprochenen ratio legis[3]) erkennen. Denn der Zweck beider Bestimmungen ist Schutz des Schuldners bis zur Bewirkung der Gegenleistung. Daß die ratio legis ihren allgemeinsten Ausdruck im § 273 gefunden, kann keinem Zweifel unterliegen. Eine Beschränkung des Prinzipes liegt hier nur in dem Erfordernis der Konnexität beider Ansprüche. Verdichtet sich nun dieses rechtliche Verhältnis so, daß die Forderungen demselben Rechtsverhältnis, und zwar einem gegenseitigen Vertrage erwachsen, so konnte die Begrenzung nicht gut geschehen, ohne daß zugleich gewisse, durch die Natur der synallagmatischen Verträge gebotene materiellrechtliche Modifikationen[4]) eintraten. Lediglich so erklärt sich die Sonderbestimmung des § 320 Abs. 1 Satz 3. Denn der Schuldner soll nicht, anstatt das Äquivalent seiner Leistung zu erhalten, durch Sicherheitsleistung abgespeist werden können. Das Fundament, auf dem beide Einreden beruhen, ist daher kein so grundverschiedenes, daß aus ihm eine Identifizierung der Einreden abgelehnt werden müßte.[5]) Das

---

[1]) vgl. Langheineken S. 179; Rehbein Bd. 1 5. Abschn. I, 4 S. 302; Regelsberger S. 332; Enneccerus § 218 IV, 1 S. 547; Goldmann-Lilienthal § 60 Anm. 29 S. 234; Planck Bd. 1 § 222, 3c S. 369; Mot. Bd. 1 S. 291; Landsberg § 78 II, 6a S. 272; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 112, 3 S. 579; and. M. offenbar Matthiaß § 70 II B, 2 S. 165.

[2]) Langheineken S. 335; v. Renesse S. 145.

[3]) Staudinger Bd. 2 § 273 I, 1 S. 118.

[4]) Hellwig § 53 I, 1 S. 374.

[5]) Rehbein Bd. 2, 1 1. Abschn. IX, 76 S. 90.

Verhältnis der Gegenseitigkeit beider Forderungen ist eben nichts als eine qualifizierte Konnexität. Wenn aber Renesse[1]) eine Gleichstellung ablehnt, weil bei § 273 keine vertragliche Grundlage das Zurückbehaltungsrecht stütze, vielmehr „lediglich der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben es sei, auf dem die Einrede des Retentionsrechtes beruht", so beruht dieses Argument, wenn nicht auf einer Verwechslung von „juristischer Begründetheit" und innerer Berechtigung, wohl auf einer für das heutige Recht unfruchtbaren Nachwirkung des „Aktes juristischer Verzweiflung",[2]) der das Retentionsrecht, um es überhaupt im Rechtssystem unterordnen zu können, als exceptio doli normierte.[3]) Und wenn endlich Langheineken[4]) die hier vertretene Ansicht mit der Wirkung zu stürzen sucht, die die Verjährung auf die beiden Einreden ausübe — im Falle des § 320 nimmt er Fortbestand der Einrede an, während er bei § 273 den Untergang der Einrede verlangt —, so ist dieses Argument nicht ausreichend, denn er schlichtet die eine Streitfrage durch eine andere, beweist also mit dem zu beweisenden.

Aus der damit m. E. festgestellten Zugehörigkeit[5]) der exceptio non ad impleti contractus zur Retentionseinrede läßt sich, da für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Selbständigkeit unbestritten ist,[6]) ein Rückschluß auf das Zurückbehaltungsrecht machen. Auch sie ist eine selbständige Einrede und wird daher wie jene von der Verjährung des schuldnerischen Anspruches nicht berührt.[7]) Es stände daher nichts im Wege, die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts auch nach der Verjährung des schuld-

---

[1]) Renesse S. 145.

[2]) Dernburg, Kompens. S. 366.

[3]) vgl. dazu André S. 122 f. über die rechtliche Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages: „Für unser heutiges Recht ist es eine ganz farblose Behauptung, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als exeptio doli zu bezeichnen. Der Name der exceptio doli gibt weder über den Grund noch über den Charakter der Einrede des nicht erfüllten Vertrages Auskunft".

[4]) Langheineken S. 336.

[5]) Die hier vertretene Ansicht billigen: Oertmann § 320, 3 S. 151; Staudinger Bd. 2 § 273 I, 1 S. 118 Dernburg Bd. 2, 1 § 93 III S. 240; Planck Bd. 1 § 222, 3c S. 369; Engelmann § 87 S. 248; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 112 bei BGB. Ziff. 3 S. 579; Hellwig § 53 I, 1 S. 374; Eck Bd. 1 § 54 S. 164; Simon S. 65; die Diss. von Breuer S. 144; Rieger S. 45; Petersen S. 84; and. M. Langheineken S. 336; Schollmeyer Vorbem. zu § 273 S. 88, § 273, 2 b α S. 90, § 320 Ziff. 1 S. 188; Rehbein Bd. 2 Abschn. 1 IX, 76 S. 90; Crome Bd. 1 § 124 S. 547; die Diss. von Peill S. 119; Renesse S. 145.

[6]) vgl. oben S. 17 f.

[7]) vgl. oben S. 18 Note 1.

nerischen Anspruchs anzuerkennen.[1]) Nun ist aber die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts in § 273 an gewisse Voraussetzungen geknüpft. Es wird daher zu prüfen sein, ob diese Voraussetzungen denkbar sind oder nicht viel eher entfallen müssen, sobald es sich um verjährte Ansprüche handelt.[2])

2. Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes.

§ 7.

a) Begriff der Fälligkeit.

Was nun diese Voraussetzungen betrifft, unter denen das Zurückbehaltungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch gegeben ist, so kann sich die vorliegende Erörterung auf das Erfordernis des „fälligen Anspruches" beschränken.

Der Begriff der Fälligkeit ist nicht unbestritten. Der 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch hatte in § 158 eine Definition gegeben: „Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, zu welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann (Fälligkeit)". Diese Definition wurde aber mit Rücksicht darauf, daß es angebracht erschien, die Fälligkeit in das Obligationsrecht aufzunehmen,[3]) wieder gestrichen, ohne daß jedoch die verheißene Regelung tatsächlich im Recht der Schuldverhältnisse getroffen worden wäre. Immerhin läßt sich aus § 271 in Verb. mit § 272 ein Begriff der Fälligkeit entnehmen. Denn nach § 271 ist der Gläubiger im Zweifel berechtigt, die Leistung sofort, d. h. mit der Entstehung der Leistungspflicht zu verlangen. Damit aber ist

---

[1]) Oertmann § 273, 2 a α lehnt die Zulässigkeit ab, da er die Selbständigkeit nicht anerkennt. Er läßt jedoch die Einrede an sich zu, gibt aber gegen sie die Replik der Verjährung. Diese Ansicht ist m. E. deshalb unzutreffend, da Einreden nur gegen Ansprüche, nicht aber auch gegen Einreden erhoben werden können; vgl oben S. 14. Auch Kohler (Bd. 1 § 84 II S. 242) ist der Ansicht, daß es sich bei § 273 um eine unselbständige Einrede handle, wenigstens folgt dies aus der Begründung, mit der er das Zurückbehaltungsrecht im fraglichen Falle zurückweist: es sei dies eine Geltendmachung des Anspruches in Form der Einrede. Ebenso lehnt aus der Unselbständigkeit der Einrede auch Peill S. 32 das Zurückbehaltungsrecht auf Grund verjährter Forderungen ab. Denn er stellt die Einrede des § 273 mit denen der §§ 478, 490, 639, 821, 853 auf eine Stufe und folgert den Ausschluß der Zurückbehaltung daraus, daß der Gesetzgeber, falls er die Retention hätte zulassen wollen, dies durch eine den angezogenen Paragraphen entsprechende Perpetuierung der Einrede hätte ausdrücken müssen. Da wir es aber in den angeführten Paragraphen mit unselbständigen Einreden in dem oben festgestellten Sinne zu tun haben, ist eine analoge Übertragung unzulässig.

[2]) Ohne Rücksicht darauf bejaht die Zurückbehaltungsmöglichkeit im fraglichen Falle Enneccerus § 218 IV, 1 S. 547.

[3]) Prot. Bd. 1 S. 210.

die Fälligkeit gegeben. Denn sie ist die Bezeichnung für ein Rechtsverhältnis, bei dem die Schuld ohne Aufschub erfüllt werden muß,[1]) oder von seiten des Gläubigers aus betrachtet, der Zeitpunkt, in dem er die Befriedigung rechtlich verlangen kann. Das ist aber der Augenblick, in dem sich aus der „Forderung" der „Anspruch" ablöst. Also wäre der Begriff eines fälligen Anspruches eigentlich nur eine Tautologie,[2]) zumal im Falle der Bedingung und Befristung nach der Begriffsbestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (vgl. §§ 158, 163) ein Anspruch noch gar nicht vorhanden ist. Einen solchen Vorwurf sollte man aber nicht ohne Grund gegen den Gesetzgeber erheben. Es liegt daher nahe, an einen anderen Begriff der Fälligkeit im § 273 zu denken. In der obengenannten Definition ist noch ein negatives Moment enthalten: die Schuld muß ohne Aufschub erfüllt werden können, d. h. dem Anspruch des Gläubigers darf keine Einrede entgegengesetzt werden können, die die Geltendmachung des Anspruchs für immer oder doch auf Zeit ausschlösse. Wir haben es also nicht mit einem fälligen Anspruch zu tun, wenn ihm dilatorische oder peremtorische Einreden entgegenstehen.[3]) Die erstere Art der Einreden, für die übrigens gewisse Beschränkungen gelten,[4]) kann hier ausscheiden. Für die letzteren liegt die Nichtfälligkeit des Anspruches auf der Hand. Denn wir haben gesehen, daß der Anspruch infolge der Geltendmachung der Verjährungseinrede rechtlich zu existieren aufgehört hat, er kann daher auch nicht mehr als ein „fälliger" angesehen werden.

Damit wären wir eigentlich am Ende unserer Ausführungen angelangt und müßten konsequenterweise — wie es scheint — die Unzulässigkeit der Zurückbehaltung auf Grund einer „verjährten Forderung" aussprechen, nicht weil das Recht der Zurückbehaltung durch die Verjährung ausgeschlossen wäre, sondern weil es für die Zulässigkeit gewissermaßen an einem „Tatbestandsmerkmal" des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts — dem fälligen Anspruche — gebricht. Diese Entscheidung ist denn auch von einigen Schrift-

---

[1]) Oertmann § 271 Ziff. 3 S. 72.

[2]) Schöneberg S. 17.

[3]) Planck Bd. 2 § 273, 1b S. 45; Schollmeyer § 284 Ziff. 1; Rieger S. 22; Langheineken S. 87; and. M. Hellwig S. 352: „Steht dem Anspruche nur eine aufschiebende Einrede entgegen, so ist er fällig, aber er gilt als nicht fällig, sobald der Schuldner von dem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat". Schlegelberger S. 152; Diss. von Renesse S. 30; Seidel S. 58; Oesterhelt S. 29; Hirschfeld S. 26; OLG. Hamburg in Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 91: Es bejaht aus diesem Grunde die fragliche Retentionsmöglichkeit.

[4]) So z. B. für die Einreden aus §§ 273 u. 320; vgl. dazu Langheineken S. 87 ff.

stellern getroffen worden,[1]) m. E. sehr zu Unrecht. Schuld daran aber ist die mangelnde Unterscheidung von Anspruch und Forderung.

Es wurde bisher stillschweigend davon ausgegangen, daß es sich bei dem „Anspruch“ in § 273 um einen Anspruch in dem technischen Sinne handle, so wie er am Anfange dieser Erörterungen aufgestellt wurde. Handelt es sich denn aber wirklich hier um die „materiellrechtliche Befugnis, eine Leistung von dem Beklagten zu erzwingen“, oder will der Gesetzgeber nicht viel eher das Zurückbehaltungsrecht an das Bestehen einer „fälligen Forderung“, also die Existenz eines subjektiven persönlichen Rechtes knüpfen, so wie es das Handelsgesetzbuch in § 369 [2])[3]) und das allgem. Landrecht[4]) seinerzeit getan hat?[5])

---

[1]) Langheineken S. 330; Schäfer S. 438; v. Högen S. 16; Hoffmann S. 35.

[2]) § 369 HGB. lautet: Ein Kaufmann hat wegen der „fälligen Forderungen“, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen . . .

[3]) vgl. dazu das schweizer. Zivilgesetzbuch, das das Retentionsrecht nach Art des deutschen HGB. geregelt hat. Art. 895 lautet: Bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners im Besitze des Gläubigers befinden, kann dieser bis zur Befriedigung seiner „Forderung“ zurückbehalten, wenn die „Forderung fällig“ ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstande der Retention im Zusammenhange steht.

Le créancier qui du consentement du débiteur, se trouve en possession de choses mobilières ou de papier-valeurs appartement à ce dernier, a le droit de les retenir jusqu'au paiement, à la condition que sa „créance“ soit exigible et qu'il y ait un rapport naturel de connexité entre elle et l'objet retenu. Daß das Gesetz Ansprüche (actions) und Forderungen (créances) auseinanderhält, folgt aus dem oben angezogenen Artikel und z. B. Art. 95:

Die Ansprüche aus dem Verlöbnis verjähren mit Ablauf eines Jahres nach der Auflösung.

Les „actions“ dérivant des finançailles se prescrivent par un an à compter de la rupture.

Art. 329: Der „Anspruch“ auf Unterstützung ist gegen die Pflichtigen in der Reihenfolge ihrer Erbberechtigung geltend zu machen . . .

L'„action“ alimentaire est intentée contre les débiteurs dans l'ordre de leurs droits de succession . . .

[4]) ALR. I, 20 § 536: Das Zurückbehaltungsrecht besteht in der Befugnis des Inhabers einer fremden Sache, selbige so lange in seinem Gewahrsam zu behalten, bis er wegen seiner „Gegenforderung“ befriedigt worden.

§ 540: Sie muß zu eben dieser Zeit, wenn die Rückgabe der Sache erfolgen solle, fällig sein.

Das ALR. hat zusammen mit dem ihm im wesentlichen folgenden „Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ von 1863 (vgl. §§ 767 ff.) dem BGB. als Vorlage gedient. Es ist daher, zumal auch die Motive schweigen, nicht ersichtlich, weshalb das BGB. eine von den sämtlichen modernen Gesetzbüchern abweichende Fassung gewählt hat. Eine Erklärung findet sich vielleicht darin, daß das Bestreben, das Zurückbehaltungsrecht auch gegenüber dinglichen Ansprüchen in

§ 8.

6. Anspruch oder Forderung?

Es besteht darüber kein Zweifel, daß der „Anspruch" des Schuldners ein obligatorischer, sein Recht also eine „Forderung" sein muß.[1][2] Denn entweder beruht er auf demselben rechtlichen Verhältnis wie der Gläubigeranspruch (vgl. § 273 Abs. 1) — dieser richtet sich gegen die Person des Schuldners, also kann der Gegenanspruch als auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhend ebenfalls nur ein persönlicher sein — oder aber es handelt sich um Verwendungs- bezw. Ersatzansprüche (vgl. Abs. 2), deren rein obligatorischer Charakter nicht in Zweifel gezogen werden kann. Darum dürfte es an sich nichts verschlagen, für „Anspruch" „Forderung" einzusetzen, um so mehr als die begriffliche Verschiedenheit beider Rechtsgebilde, wie wir sie festgestellt haben, durchaus nicht konsequent durchgeführt worden ist und auch schlechterdings nicht durchgeführt werden konnte, da der Gesetzgeber in unklaren

---

§ 273 zu regeln, unter dem Einfluß der erforderlichen „Konnexität der Berechtigungen" zur Wahl des Anspruchsbegriffes verleitet hat.

[5]) vgl. auch § 471 des „allgem. Bürgerlichen Gesetzbuches für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie", das allerdings dem Zurückbehaltungsrecht keine gesetzliche Anerkennung verleiht:

Weder der Pfandnehmer noch irgendein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt, diese aus dem Grunde einer „Forderung" zurückzubehalten.

[1]) Dernburg Bd. 2, 1 § 57, Bd. 2, 2 S. 145; Schollmeyer § 273, 2a S. 90; Rehbein Bd 2, 1 1. Abschn. IX, 77 S. 91; Rieger S. 21; Renesse S 38; Breuer S. 40; für das gemeine Recht vgl. Goldschmidt § 94, 2 S. 972; Langfeld S. 114 ff.; Schenk S. 117 ff.

[2]) And. A. übrigens Makower § 369 I c, 2 S. 1039: „Im Falle des § 273 BGB. ist unerheblich, ob ein forderungsrechtlicher oder ein nichtforderungsrechtlicher Anspruch vorlag, notwendig jedoch, daß der Anspruch aus demselben Rechtsverhältnis herrührt". Makower übersieht hier offenbar, daß es sich hier, weil ein rechtliches Verhältnis vorliegen muß, um forderungsrechtliche Ansprüche handeln kann. Übrigens ist Makower neben Schlegelberger (s. unten) der einzige in der ganzen Literatur, der — soweit ich sehe — auf diesen Unterschied zwischen HGB. und BGB aufmerksam macht (vgl. dazu auch § 369 III a S. 1040) und ihn konsequent durchführt. — Schlegelberger sagt (S 210): „Auch das neue HGB. verwertet bereits den Anspruchsbegriff. Wenn es trotzdem die Zurückbehaltung wegen einer ‚Forderung' gestattet, so kann es m. E. dennoch keinem Zweifel unterliegen, daß hier unter ‚Forderung' dasselbe zu verstehen ist wie unter ‚Anspruch' im Sinne des § 273 BGB." Gerade die bewußte Wahl des Forderungsbegriffes sollte m. E. darauf hinweisen, daß als Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts eben nicht das Recht im Zustande der Geltendmachung, also der Anspruch in Betracht kommt. Von einer Forderung sprechen auch, ohne allerdings daraus die Schlußfolgerungen zu ziehen: Rehbein Bd. 2, 1 1. Abschn. IX, 77 S. 91: Die Forderung muß fällig sein. Schollmeyer § 273, 2a S. 90: Der Forderung des Schuldners darf keine Einrede entgegenstehen.

Anschauungen bezüglich des Anspruchsbegriffes befangen war.[1]) Denn wenn die Motive selbst sagen, der obligatorische Anspruch und Forderung seien identisch,[2]) so liegt darin schon ein Verzicht auf strenge Scheidung im Gesetze. Aber auch das Gesetz selbst vermengt die Begriffe und spricht da von Forderungen, wo es seiner eigenen Definition nach von Ansprüchen sprechen müßte und umgekehrt. So läßt es im Einführungsgesetz[3]) „Forderungen" auf Schadenersatz verjähren, während doch nach § 194 nur Ansprüche der Verjährung unterliegen,[4]) und in § 273 spricht es von Ansprüchen, für die Hypotheken oder Pfandrechte bestehen, und setzt sich damit in schroffen Gegensatz zu §§ 1113 u. 1204,[5]) und endlich, obwohl es Einreden nur gegenüber Ansprüchen gibt — auch nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs (vgl. §§ 813 Abs. 1 und 886) — spricht das Gesetz an anderer Stelle doch wieder von Forderungen, denen Einreden gegenüberstehen (vgl. § 390 Abs. 1).[6])[7]) Wenn es auch richtig ist, daß „diese Ungenauigkeit in der Bezeichnung keine wesentlichen Unterschiede begründet",[8]) so läßt dies m. E. doch wenigstens den Schluß zu, daß auch im Falle des § 273 eine zweckbewußte Einfügung des Anspruchsbegriffs möglicherweise nicht stattgefunden hat.

Das Moment der Fälligkeit steht der Austauschung beider Begriffe nicht im Wege. Denn eine Forderung ist nach § 271 dann fällig, sobald der Gläubiger die Leistung „verlangen" kann, also der Anspruch entstanden ist. Von da an bleibt sie fällig,[9])

---

[1]) vgl. dazu auch Kohler Bd. 1 § 57 III, 2 S. 177 f.

[2]) Mot. Bd. 1 S. 292.

[3]) EG. z. BGB. Art. 42 Abs. 3, § 8 Satz 1.

[4]) Mot. Bd. 1 S. 292 sprechen ebenfalls davon, daß „Forderungen" der Verjährung unterliegen. Als Analogon dazu vgl. ERG. Bd. 62 S. 179 f.

[5]) vgl. darüber oben S. 12.

[6]) vgl. darüber Langheineken § 2 IV S. 48.

[7]) Es ist auch noch darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber, wollte er seiner Definition in § 241 treubleiben, auch in § 273 selbst von Forderungen hätte sprechen müssen. Denn kraft des Schuldverhältnisses entsteht eine Forderung. Hier aber steht dem Schuldner aus dem Schuldverhältnis ein Anspruch zu. Doch ist auf dieses Argument weniger Wert zu legen, da der Anspruch ja doch immerhin mittelbar seine Grundlage im Schuldverhältnisse hat. Immerhin ist m. E. der Ausdruck „Anspruch" in § 273 nicht richtig gebraucht und müßte durch „Forderung" ersetzt werden. Vgl. dazu auch Kohler Bd. 1 S. 57, 2 S. 177: „Unrichtig ist es, wenn in § 273 von einem ‚fälligen Anspruch' die Rede ist". Ob freilich in dem hier vertretenen Sinne, muß, da eine nähere Begründung fehlt, dahingestellt bleiben. Die Annahme, daß Kohler an eine Tautologie denkt, was mit Rücksicht auf die Heranziehung des § 634 Abs. 2 naheliegt, erscheint ziemlich ausgeschlossen, da er an dieser Stelle überhaupt von den Fällen spricht, in denen der Ausdruck „Anspruch" falsch oder doch ungenau gebraucht ist.

[8]) vgl. Rehbein Bd. 1 5. Abschn. V S. 303.

[9]) Es folgt dies auch aus der ratio legis, die den Begriff der Fälligkeit nur mit Rücksicht auf den Gläubiger eingeführt hat, der nicht leisten soll, bevor er

mag auch der Anspruch erloschen sein, z. B. durch Verjährung, was auch schon daraus folgt, daß eine Einrede die Fälligkeit einer Forderung nicht berühren kann, denn die Einreden richten sich, wie oben festgestellt ist, immer nur gegen das Recht im Zustande der Geltendmachung, also gegen „Ansprüche". Darum haben wir es hier, da eine Befristung oder Bedingung nicht in Betracht kommt,[1]) auch trotz der Verjährung des Anspruches noch mit einer fälligen Forderung im Sinne des Gesetzes zu tun. Darin aber liegt die Bedeutung für unser Thema: Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer solchen „verjährten „Forderung" wäre, falls der Ausdruck „Forderung" im Gesetz stände, ohne weiteres zuzulassen.

Da aber der Wille des Gesetzgebers nicht klar zum Ausdruck gebracht ist, kann es nicht angängig sein, aus den bereits angezogenen Gründen mehr zu entnehmen, als daß es sowohl in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, das Zurückbehaltungsrecht an die Möglichkeit der klageweisen Durchsetzung des Rechts zu knüpfen, wie auch das, daß lediglich die Existenz einer Forderung das Retentionsrecht gewährt. Die Frage kann daher, wenn überhaupt, nur aus dem Zwecke des Zurückbehaltungsrechts, und wenn dieser nicht im Wege steht, aus allgemeinen Gesichtspunkten, insbesondere aus der Stellung, die den verjährten Forderungen im geltenden Rechte zugewiesen ist, bejaht werden.

§ 9.

3. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechtes.

Der Zweck des Zurückbehaltungsrechtes ist keineswegs so unbestritten, wie man es bei einem Institute, das im geltenden Recht eine einheitliche Regelung erfahren hat, erwarten sollte. Es ist, als wollten die Zweifel, die schon im römischen und gemeinen Recht den Juristen über die Tendenz des ius retinendi auftauchten, auch heute noch jeder Einigung den Weg versperren. Daß die Quellen einen einheitlichen Zweck nicht anzugeben vermögen, ist, da es sich beim Retentionsrecht um eine exceptio doli handelte, die sich nach der Lage des einzelnen Falles richtete, nur

---

rechtlich noch nicht zu leisten braucht, nicht aber mit Rücksicht auf einen solchen Verpflichteten, der bereits leisten mußte, aber nicht mehr zu leisten braucht. Vgl. darüber unten S. 28.

[1]) Bedingung und Befristung können hier anders als beim Anspruch die Fälligkeit berühren, da die Fälligkeit mit dem Moment der Möglichkeit, das Recht durch Klage geltend zu machen, zusammenfällt, der Anspruch also dieses Element bereits in sich birgt, die Forderung aber ein in dieser Beziehung indifferenter Begriff ist.

natürlich. So behauptet Schenck,[1]) daß die exceptio doli vor allem zur Anregung des Schuldners, den Gläubiger zu befriedigen, gedient habe, also ein Zwangsmittel gewesen sei, während Langfeld[2]) aus den Quellen als Haupttendenz die Zurückweisung des gegnerischen Anspruches herausliest. Dieser letzteren Ansicht ist m. E. der Vorzug zu geben; haben wir es doch mit einer exceptio zu tun, die sich in erster Linie als Gegenrecht darstellt, also als Verteidigungsmittel, nicht aber als Angriffsmittel zur Pression der Schuldners dient. Mehrere Quellen betonen denn auch den Sicherungszweck unzweideutig: Inst. II, 1 § 32: eiusdem (sc. doli mali) exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit, und l. 1 pr. D. 20, 6 bringt den Schutz des Schuldners dadurch zum Ausdruck, daß er gegen das Begehren des Gläubigers „exceptione doli defenditur". Eine Stütze findet diese Ansicht sodann darin, daß beim Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen eine aktive Geltendmachung des Verwendungsanspruches, durch die ein Zwang auf den Gläubiger ausgeübt werden könnte, gar nicht möglich war,[3]) hier vielmehr der Schuldner einzig und allein an die Tätigkeit des Gläubigers gebunden war. Diese Argumente lassen sich auch für das heutige Recht anwenden. Denn in § 273 wird das Zurückbehaltungsrecht ebenfalls nur durch eine Einrede geltend gemacht, und in § 1000 befindet sich ganz dieselbe Bestimmung, wonach die klageweise Geltendmachung des Rechtes auf Verwendungen — wenigstens in aller Regel — ausgeschlossen ist. Nach heutigem Recht ist daher das Zurückbehaltungsrecht auch nur als Sicherungsmittel anzusehen. Daß in der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes — namentlich in der Vorschrift des § 274, wonach bei Klage des Gläubigers Verurteilung zur Leistung Zug um Zug zu erfolgen hat — meist ein indirekter Zwang liegt, kann nicht geleugnet werden. Aber darauf zielt nicht die ratio legis; es ist dies vielmehr „der Zweck des einzelnen Menschen, der sich des Zurückbehaltungsrechtes bedient".[4]) Die tatsächliche Verwendung dieses Institutes kann daher seine gesetzliche Verwendungsbestimmung nicht umstürzen. Auch daraus, daß das Retentionsrecht aus dem Gefühle der Billigkeit entstanden ist,[4]) kann m. E. nicht geschlossen werden, daß nun überhaupt kein unmittelbarer Zweck des Retentionsrechtes anerkannt werden könne, sondern nur gefolgert werden, daß wir es mit einem Sicherungs-

---

[1]) Schenck S. 268.
[2]) Langfeld S. 150.
[3]) l. 33 D. 12, 6: nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse. Vgl. auch l. 48 D. 6, 1; l. 13 § 1 D. 10, 3.
[4]) Luden S. 85.

mittel zu tun haben. Denn die Billigkeit will den Schuldner schützen — darin liegt das Sicherungsprinzip ausgesprochen; aber sie darf ihn nur insoweit unterstützen, als sie es mit den Regeln der Unparteilichkeit vereinigen kann. Es wäre aber Ungerechtigkeit gegen den Gläubiger, wollte die ratio legis den Schutz des Schuldners zu einem Zwangsmittel erweitern, soweit es nicht unbedingt erforderlich ist — das Rententionsrecht will also nur sichern. Darum der Ausschluß der Klagbarkeit des Rechtes auf Verwendungen im Falle des § 1000, darum aber auch die Möglichkeit im Abs. 3 des § 273, durch Sicherheitsleistung das Zurückbehaltungsrecht abzuwenden. Darum müssen wir aber auch jede Zwangsnatur der Retentionseinrede ablehnen.[1] Ist dies aber wahr, so ist damit erwiesen, daß an sich der Zweck des Zurückbehaltungsrechtes der Zurückbehaltung auf Grund „klagloser"[2] Forderungen nicht widersprechen würde.[3]

III. Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund verjährter Forderungen.

§ 10.

1. Die ratio legis des § 273 BGB.

Damit ist freilich für die Beantwortung des Themas noch nichts Positives gewonnen. Denn die Bejahung der Frage aus dem Zwecke des Zurückbehaltungsrechtes heraus bildete nur die Brücke und die Voraussetzung für die weitere Frage, ob denn diese klaglosen Forderungen ihrer Natur nach geeignet sind, die ihnen danach zugemutete Funktion auszuüben. Die Unzulänglichkeit dieser Forderungen könnte zunächst daraus hervorgehen, daß der Gesetzgeber ihnen diese Fähigkeit durch ein in den § 273 aufgenommenes Moment hat entziehen wollen. Es kommt hier

---

[1]) Schlegelberger S. 103; ALR. I, 20 §§ 552ff.; Mot. Bd. 2 S. 43, allerdings im Gegensatz zu Mot. Bd. 2 S. 42; Rehbein Bd. 2, 1 1. Abschn. IX, 77 S. 91; Seufferts Arch. Bd. 16 Nr. 94 Bd. 17 Nr. 2; Crome Bd. 1 § 124 S. 545; Seidel S. 4; Hirschfeld S. 2; Petersen S. 80; Eck § 54 Ziff. 6 S. 265; RGE. Rep. II Nr. 333/1905 u. Rep. II Nr. 19/1906, beide zit. in Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 169; and. M. Sicherungszweck und indirektes Zwangsmittel: Dernburg Bd. 2, 1 § 57 I S. 144; Endemann § 126, 3 S. 713; Staudinger Bd. 2, 1 § 273 I, 3 S. 119.

[2]) Nicht nur verjährter.

[3]) And. M. Schäfer S. 438; Dernburg Bd. 2, 1 § 57 Anm. 7 S. 145; Kowalski S. 33f.; v. Renesse S. 45; Schwertner S. 28; Simon S. 65; alle Genannten schließen daher das Zurückbehaltungsrecht auf Grund verjährter Forderungen aus diesem Grunde aus.

nur der Begriff der Fälligkeit in Betracht. Dieses Moment ist, wie schon angedeutet,[1]) lediglich mit Rücksicht auf die Interessen des Gläubigers eingeführt. Denn es kann nur in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, den Gläubiger davor zu bewahren, zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gezwungen zu werden — das bewirkt § 274[2]) —, deren Tilgung zurzeit rechtlich noch gar nicht verlangt werden kann, weil sonst eine durch nichts zu rechtfertigende Benachteiligung des Gläubigers herbeigeführt werden würde. Andererseits ist diese Fälligkeit Voraussetzung der Zurückhaltung schon aus dem Grunde, weil sonst überhaupt gar nicht das „ungerechtfertigte Verlangen" vorliegt, welches die Zurückhaltung der schuldnerischen Leistung sanktioniert. Die Fälligkeit ist also lediglich ein gesetzestechnisches Moment, geboten durch die ratio legis des § 273. Darum liegt auch kein Grund vor, anzunehmen, daß das Interesse des Gesetzgebers an dem Gläubiger über die Rücksicht, die er ihm in § 273 gewährt, hinausginge: daß er ihm also durch den Begriff der Fälligkeit nochmals einen Schutz gewähren wollte, den er ihm schon auf anderem Wege — etwa durch das Recht der Verjährungseinrede — hat zuteil werden lassen. Ich meine also, es war an dieser Stelle bei Normierung des Rechts in § 273 dem Gesetzgeber gleichgültig, ob der Gläubiger dadurch in die Lage kommt, eine Gegenverbindlichkeit, die er schon längst hätte erfüllen müssen, zu tilgen.[3]) Der Gesetzgeber nimmt hier also bei dem Fälligkeitsmoment nur auf die Zeit der Erfüllung Rücksicht, nicht aber auf die Pflicht bezw. das Recht der Erfüllung, sofern nicht die Pflicht oder das Recht von der Zeit abhängt.

Danach müßten konsequenterweise auch die echten[4]) Naturalobligationen die Grundlage für das Zurückbehaltungsrecht bilden können. Diese Auffassung wird aber allseitig abgelehnt,[5]) und zwar mit Recht. Der Grund dafür liegt aber darin, daß die Verbindung des Fälligkeitsbegriffes mit einer solchen natürlichen Verbindlichkeit den begrifflichen Ausschluß dieser Obligationen

---

[1]) vgl. oben S. 24 Ziff. 9.

[2]) Denn praktisch muß mit diesem Falle immer gerechnet werden.

[3]) And. M. Schäfer S. 438.

[4]) Es sind dies die Fälle, in denen nach dem Wortlaut des Gesetzes „eine Verbindlichkeit nicht begründet wird". Vgl. §§ 656, 762, 764. Eine Scheidung in echte und unechte Naturalobligationen vorzunehmen, ist m. E. durchaus zulässig. Echte Naturalobligationen sind die oben bezeichneten, also diejenigen, aus denen von vornherein kein Anspruch entsteht, unechte dagegen diejenigen, bei denen der einmal rechtmäßig entstandene Anspruch aus irgend welchen Gründen fortfällt.

[5]) Schollmeyer § 273, 2a S. 90; Staudinger Bd. 2 § 273 I, 1d S. 119; Oertmann § 273, 2aβ S. 75; Dernburg Bd. 2, 1 § 57 II, 2 und Anm. 7 S. 145; Planck Bd. 2 § 273, 2aα S. 63.

herbeiführt. Denn bei ihnen haben wir es nicht mit einer fälligen Forderung in dem oben festgesetzten Sinne zu tun, da der Moment, wo die Erfüllung „verlangt" werden kann, also der Anspruch entsteht, infolge des von vornherein begründeten Ausschlusses der Klagbarkeit dieser Verbindlichkeiten nie eintritt.[1]) Zudem ist das Zurückbehaltungsrecht auf Grund dieser Forderung meist auch durch die Klausel ausgeschlossen: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt", schon aus dem einfachen Grunde, weil in den meisten Fällen der „konnexe Anspruch des Gläubigers aus demselben Grunde wie der des Schuldners der Klagbarkeit entbehren wird".[2])

Diese Argumente treffen aber aus naheliegenden Gründen für die verjährte Forderung nicht zu. Denn einmal ist sie noch als fällig anzusehen,[3]) außerdem wird aber der konnexe Gläubigeranspruch durch die Verjährung des schuldnerischen Anspruches nicht berührt. Trennen sich schon sonach die verjährten Forderungen von den übrigen Naturalobligationen,[4]) so wird ihnen auch noch durch die Regelung, die sie im Gesetze gefunden haben, eine ganz exzeptionelle Stellung zugewiesen. Freilich darf diese Auszeichnung in ihren Fähigkeiten nicht dazu verwandt werden, um den verjährten Forderungen ohne weiteres alle Wirkungen mit Ausnahme der Klagbarkeit zuzusprechen, und darum ipso iure die Zulässigkeit der Zurückhaltung im streitigen Falle auszusprechen.[5]) Es ist aber ebensosehr davor zu warnen, der Begierde, durch Analogieschlüsse zum beabsichtigten Ziele zu gelangen, freien Lauf zu lassen.

---

[1]) Auch bei der einzigen rechtlichen Bedeutsamkeit dieser Verbindlichkeiten, die darin liegt, daß Zahlung Erfüllung und nicht Schenkung ist, kommt der Begriff der Fälligkeit nicht in Betracht, eben weil die Wirkung der Erfüllung an keine Fälligkeit gebunden sein kann.

[2]) Rieger S. 23.

[3]) vgl. oben S. 24 f.

[4]) Es ist deshalb m. E. auch unzulässig, den Ausschluß der echten Naturalobligationen von der Fähigkeit, Grundlage eines Zurückbehaltungsrechtes zu sein, auf die verjährten Forderungen auszudehnen, wie es Schäfer S. 440 tut. Der rechtliche Inhalt der Naturalobligation kann nur für jede einzeln festgestellt werden. Vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 288 bei Anm. 4 S. 181. Deshalb ist es nicht ohne weiteres zulässig, eine Norm, die für diese oder jene unvollkommene Verbindlichkeit aufgestellt ist, auf andere natürliche Verbindlichkeiten zu übertragen.

[5]) So Rehbein Bd. 2, 1 1. Abschn. IX, 77 S. 91; Rieger S. 24; Noack S. 4 f.; Seidel S. 67; Albrecht S. 13.

2. Die Funktionen der verjährten Forderung.

§ 11.

a) § 223 BGB.

Es ist daher m. E. unzulässig, die zur Behandlung stehende Frage aus der Analogie des § 223, auf die sich einige Schriftsteller[1]) berufen, zu bejahen. Es genügt hier, den Abs. 1 des § 223 heranzuziehen. Dieser bestimmt: „Die Verjährung des Anspruches, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen“. Hier ist also der „verjährte Anspruch“ noch fähig, „Grundlage einer Sicherheitsleistung“[2]) zu sein. Wäre dieser Satz in so allgemeiner Fassung richtig, stände einer analogen Übertragung des § 223 auf den Fall des Zurückbehaltungsrechts allerdings nichts im Wege. Bei näherer Betrachtung ergibt sich aber sofort die Unmöglichkeit entsprechender Anwendung. Denn wie schon des öfteren hervorgehoben, handelt es sich im § 223 nicht „um Hypotheken und Pfänder, die für Ansprüche beständen“, sondern um Hypotheken und Pfänder, die gemäß den §§ 1113 und 1204 zur Sicherung von „Forderungen“ bestellt sind. Dies letztere lediglich hat Sinn. Denn geschützt soll hier werden nicht das Recht im Zustande der Geltendmachung — also der Anspruch —, sondern im Zustande der Ruhe. Entfällt aber infolge Zeitablaufs die Möglichkeit der Klage, so bleibt die Forderung bestehen, und mithin zu ihrer Sicherung die Hypothek oder das Pfand. Darum hätte es m. E. einer besonderen Statuierung dieser Rechtsfolge kaum — wenn nicht aus Sicherheitsrücksichten — bedurft. Es kann daher auch mit Recht „dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift des § 223 dahin aufzufassen ist, die Forderung bleibe bis zur Höhe des Wertes des Pfandes und unter Beschränkung auf die Befriedigung aus demselben unverjährt, oder dahin, die verjährte Forderung bestehe nur insofern fort, als das Pfandrecht seiner akzessorischen Natur wegen einer Grundlage bedürfe“.[3]) Das πρῶτον ψεῦδος liegt aber nicht, wie Staudinger[4]) meint, in der Anschauung, daß der Verjährung von „Haus aus die sogen. stärkere Wirkung zukomme“, sondern lediglich in der

---

[1]) Seidel S. 67; auch Rehbein Bd. 2, 1 1. Abschn. IX, 77 S. 91; Rieger S. 24; and. M. Schäfer S. 440; Dernburg Bd. 2, 1 § 57 Anm. 7 S. 145.

[2]) Rehbein Bd. 2, 1 1. Abschn. IX, 77 S. 91.

[3]) Mot. Bd. 1 S. 344.

[4]) Staudinger Bd. 1 § 223, 2 S. 681.

mangelnden Unterscheidung von Anspruch und Forderung.[1]) Überträgt man nun die Regel von dem Fortbestande des Pfandes auf das Sicherungsmittel des Zurückbehaltungsrechtes, so ergibt sich ohne weiteres die Unzulässigkeit analoger Verwendung. Denn davon, daß das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung irgendeines Rechtes „fortbestehe“, kann der Natur der Retentionseinrede nach keine Rede sein. Entsteht doch die Möglichkeit der Zurückhaltung erst dann, wenn der Gläubiger sich des „ungerechtfertigten Begehrens“ schuldig macht. Das ist aber der Augenblick, in dem er den Anspruch gegen den Schuldner erhebt. In diesem Momente setzen die Wirkungen der vom Gesetz anerkannten Konnexität ein. Diese sind eben das Recht der Zurückbehaltung. Zu dieser Zeit war der Anspruch aber schon verjährt. Das Sicherungsmittel ist also erst entstanden, nachdem die Verjährung vollendet war. Somit entfällt für die Analogie, deren Grundlage die Fortdauer der Sicherung wäre, jeder Stützungspunkt. Zudem kommt dieses Argument auch dadurch ins Wanken, daß zwar bei der Hypothek der Zweck die unmittelbare Sicherung der Gläubigerforderung ist, nicht aber bei dem Zurückbehaltungsrecht. Denn hier handelt es sich um den unmittelbaren Schutz des Schuldners gegen unberechtigtes Verlangen des Gläubigers, also erst indirekt um die Sicherung der ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung.[2])

Der Tatsache, daß das Zurückbehaltungsrecht in § 223 nicht erwähnt ist,[3]) darf m. E. nicht übertriebene Bedeutung beigelegt werden. Wenigstens sollte aus ihr nicht ohne weiteres die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts geschlossen werden, angesichts des Umstandes, daß nach den Motiven ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund verjährter Forderungen anerkannt ist,[4]) angesichts

---

[1]) Die Begründung der Motive, die sich in ihrem zweiten Teile: Fortbestand der Obligation wegen des Pfandrechts, wohl auf die Windscheidsche Auffassung Bd. 1 § 112 Anm. 5 S. 575, im Anschluß an l. 59 pr. D. 36, 1: remanet propter pignus naturalis obligatio, stützt, ist daher in keinem Punkte als zutreffend anzusehen.

[2]) Mit der hier vertretenen Ansicht stimmen im Resultat überein: Schäfer S. 440 und Schönenberg S. 54. Doch darf m. E. die Unzulässigkeit analoger Übertragung nicht schon aus der Unterscheidung der beiden Institute als dinglicher und obligatorischer Sicherungsmittel gefolgert werden. Denn im einzelnen mögen die Voraussetzungen und speziellen Wirkungen verschiedene sein: eine „ähnliche“ läßt sich deshalb doch nicht leugnen, das gibt auch Schäfer zu. Gerade diese Wirkungen bilden aber die Grundlage der Analogie, nicht die rechtliche Natur der beiden Institute.

[3]) Dernburg Bd. 2, 1 § 57 Anm. 7 S. 145.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 42: „Vom Standpunkte des BGB. aus, welches klaglose Ansprüche überhaupt nur in wenigen Ausnahmefällen kennt, ist irrelevant für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes der Umstand, daß der Retentionsberechtigte den Anspruch auch mittelst Klage verfolgen kann“. Im Anschluß an die Motive bejahen das Zurückbehaltungsrecht auf Grund verjährter Forderungen Scherer § 273, 5 S. 73 f. und Fulda S. 22.

aber auch der Möglichkeit, daß die Zulässigkeit sich aus § 273 selbst ergibt.[1])

§ 12.

b) § 390 BGB.

Nicht viel anders wie mit der Analogie des § 223 steht es mit der des § 390 Satz 2.[2]) Dieser bestimmt: „Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war". Daraus soll sich das Argument herleiten, daß auch eine Forderung trotz Verjährung des Anspruchs aggressiv, und zwar zwangsweise geltend gemacht werden könne. Diese Verwendungsmöglichkeit wird dann entsprechend auf das Zurückbehaltungsrecht auf Grund der inneren Verwandtschaft beider Institute ausgedehnt. Es ist zwar richtig, daß beide Rechtsinstitute „aus derselben Wurzel, dem ius retinendi stammen",[3]) sie sind beide Anwendungsfälle des Satzes: dolo facit qui petit quod redditurus est. Es soll hier nicht bestritten werden, daß trotz der selbständigen Entwicklung, die beide Institute infolge ihrer verschiedenen Voraussetzungen, Konnexität der Forderungen bei dem Zurückbehaltungsrecht und Gleichartigkeit der Forderungen bei der Aufrechnung, genommen haben, immer noch eine rechtliche Ähnlichkeit besteht, die eine analoge Übertragung der Rechtsnormen zuließe,[4]) soweit sie nicht materiellrechtliche Eigentümlichkeiten des einen Rechtsgebildes sind und darum als Spezialnormen anzusprechen sind. Um eine solche Spezialnorm handelt es sich aber im Falle des § 390 Satz 2. Denn dieser Ausnahmefall, der in dem 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht vorgeschrieben war,[5]) ist nicht lediglich ein Ausfluß der Billigkeit — wenn dies so wäre, ständen einer ent-

[1]) Es sei an dieser Stelle noch auf den Versuch hingewiesen, den Breuer S. 42 unternimmt, aus der Analogie des § 1000 die Zurückbehaltung zu bejahen. Eine entsprechende Verwendung dieses Paragraphen ist m. E. nicht zulässig. Denn es ist doch ein Unterschied, ob der Anspruch durch Verjährung untergegangen, also nicht mehr geltend gemacht werden kann, oder ob das Recht deswegen nicht klagbar ist, weil das Gesetz zu seiner Befriedigung zunächst andere Mittel bietet, aber doch die Möglichkeit gewährt, das Recht unter wenig erschwerten Voraussetzungen als vollgültigen Anspruch geltend zu machen (vgl. § 1001).

[2]) Für diese Analogie sind: Staudinger § 273 I, 1 d S. 119; Suppes S. 25; wie hier Schäfer S. 439; Schönenberg S. 51.

[3]) Lippmann S. 546.

[4]) So ist es sehr bestritten, ob gegenüber unpfändbaren Forderungen eine Zurückbehaltung nach der Analogie des § 394 als unstatthaft angesehen werden muß.

[5]) Lediglich aus diesem Grunde die Frage abzulehnen, wie es v. Renesse S. 47 tut, erscheint mir keine ausreichende Begründung.

sprechenden Anwendung kaum triftige Gründe entgegen —, als vielmehr eine konsequente Erscheinung des im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Prinzips der ipso iure-Wirkung der Kompensation. Denn die Forderungen gelten gemäß § 389 als erloschen, sobald sie kompensabel gegenübertraten, wenn nur der Aufrechnungswille erklärt wird. Die Verjährung spielt daher hier so wenig wie möglich herein, da sich infolge der Aufrechnungserklärung der Vorgang der Aufrechnung kraft der subjektiven Zurückbeziehung[1]) vollzogen hat, lange bevor die Verjährung sich vollendete. Diese an die spezielle Natur der Aufrechnung geknüpften Wirkungen auf anders geartete Rechtsgebilde, wie z. B. das Zurückbehaltungsrecht, zu übertragen, ist schlechterdings nicht möglich. Die Forderungen, obwohl nicht durch das Band der par species zusammengehalten, stehen doch in dem engeren Verhältnis der Konnexität; und dennoch ist der Erfolg ein anderer, da das Zurückbehaltungsrecht nur aufschiebende Wirkung hat, während die Aufrechnung die Forderungen aufhebt, und zwar mit rückwirkender Kraft. Das ist aber bei dem Zurückbehaltungsrecht — abgesehen von der Ungleichartigkeit der Forderungen — aus dem Grunde nicht möglich, weil hier die Einrede erst durch das Begehren des Gläubigers ausgelöst wird. Die Möglichkeit der Zurückbehaltung ist also nicht schon mit der Entstehung der Forderung des Gläubigers, wie bei der Kompensation, sondern erst mit der Erhebung des Anspruches[2]) gegeben.[3]) Die „Analogie“ des § 390 würde also dahin führen, daß man das Zurückbehaltungsrecht zuließe, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden konnte, noch nicht verjährt war, wenn also die Verjährung sich erst nach Geltendmachung des Gläubigeranspruches vollendete, eine Vorschrift, die vielleicht Freunde der Analogie entzücken könnte, einen praktischen Wert aber nur in den seltensten Fällen haben dürfte.

Scheinbar liegt es im Falle des § 273 Abs. 2 anders. Hier entsteht das Recht der Zurückbehaltung, wie es scheint, mit Entstehung der Ersatzforderung oder besser mit der Möglichkeit ihrer klagweisen Geltendmachung, so daß nicht erst die Erhebung des Gläubigeranspruches abgewartet zu werden brauchte. Aber dies ist eben auch nur scheinbar so. Tatsächlich ist auch hier dieser

---

[1]) Es handelt sich lediglich um eine solche, nicht um objektive Rückwirkung. Vgl. ERG. Bd. 66 S. 273 ff. Der Unterschied wird hier jedoch nicht praktisch.

[2]) Schäfer sagt S. 439: „Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts“. Der Moment, in dem die Retentionseinrede erhoben wird, ist aber von dem, wo die Erhebung rechtlich möglich ist, zu unterscheiden.

[3]) vgl. oben S. 31.

letztere Moment der maßgebende, ist doch notwendige Voraussetzung für die Retentionseinrede immer das klageweise Begehren des Gläubigers.

Auch aus einem anderen Grunde hat die Analogie des § 390 — das läßt sich nicht leugnen — etwas Bestechendes für sich. Scheint doch von dem Prinzip, daß verjährte Ansprüche nicht mehr zwangsweise geltend gemacht werden können, durch § 390 eine Ausnahme gemacht zu sein. Denn bei der Aufrechnung handelt es sich um ein „Zwangsverwertungsrecht, kraft dessen man durch einseitiges Handeln ein Vermögensaktivum des Gegners zur Befriedigung der eigenen Forderung verwenden kann".[1] Die Aufrechnung ist also ein Zwangsmittel; dem Gläubiger wird bei ihr die Befriedigung aufgezwungen,[2] sei es, daß der Schuldner die Aufrechnung vollzieht, ohne daß der Gläubiger seinen Anspruch erhebt, sei es, daß er durch die Aufrechnungserklärung das Verlangen des Gläubigers auf effektive Leistung zurückweist. Die zwangsweise Geltendmachung der verjährten Forderung ist aber auch nur eine scheinbare. Auch hier ist es wieder die Eigentümlichkeit, die durch die ipso iure-Wirkung der Kompensation gezeitigt und zugleich gerechtfertigt wird. Denn auch hier heißt es: die Aufrechnung gilt als bereits vollzogen, bevor die Verjährung sich vollendete. Um eine Ausnahme von der Regel der Unmöglichkeit zwangsweiser Durchsetzung handelt es sich also nicht. Demnach ist auch ein Analogieschluß zugunsten des Zurückbehaltungsrechtes, bei dem ja immerhin mittelbar ein Zwang auf den Gläubiger ausgeübt wird, nicht zulässig.

Diese Ablehnung des Zurückbehaltungsrechtes aus der Analogie des § 390 scheint zu Ungerechtigkeiten zu führen. In dem Falle nämlich, daß es sich, abgesehen von der Konnexität, um gleichartige Forderungen handelt, wäre es an und für sich in das Belieben des Schuldners gestellt, zu kompensieren, wie auch das Zurückbehaltungsrecht auszuüben, das mit Rücksicht auf einen etwaigen Zinslauf[3] für ihn vielleicht von größerem Vorteil sein könnte. Es könnte also unbillig erscheinen, wenn das Gesetz in dem einen Falle der Verjährung einen Einfluß einräumen wollte, im anderen nicht. Denn würde der Schuldner die Aufrechnung

---

[1] Oertmann Vorbem. Ziff. 4 zu § 387 S. 248.

[2] Mot. Bd. 2 S. 119.

[3] Bei der Aufrechnung würde er Zinsen nur bis zu dem Augenblick verlangen können, in dem die Forderungen einander kompensabel gegenüberstanden, weil sich gemäß § 389 die Wirkungen der Aufrechnung auf diesen Moment zurückbeziehen, während er bei dem Zurückbehaltungsrecht den Zinsengenuß bis zu der nach § 274 erfolgenden Verurteilung Zug um Zug hätte.

erklären, erhielte er damit Befriedigung seiner Forderung, während wenn er sich auf das Recht der Retention versteifte, er — falls eben das Gesetz die Zurückbehaltung auf Grund verjährter Forderungen ausschlösse — zur Leistung verurteilt werden müßte, ohne seinerseits die Befriedigung zu erhalten. Dieser Zwitterzustand wird nur zum Teil dadurch gerechtfertigt, daß man den Schuldner auf sein unkluges Verhalten verweist: er, in dessen Hand es lag, sich Befriedigung zu verschaffen, soll sich nicht beschweren dürfen, wenn er sich durch seinen eigenen Unverstand oder seine eigene Hartnäckigkeit um die Befriedigung seiner Forderung gebracht hat. Es bleibt eben doch ein Zwitterzustand, der gebieterisch nach einer Lösung verlangt.

Freilich soll ein solches Mißverhältnis genau in demselben Maße vorliegen, wenn die Zulässigkeit der Retention auf Grund verjährter Forderung bejaht werden würde. Darauf weist besonders Schäfer[1]) hin: „Es könnte in diesem Falle die Erfüllung einer verjährten Forderung, welche wegen Mangels der Voraussetzungen des Satzes 2 des § 390 nicht aufrechenbar wäre, doch durch Geltendmachung des Retentionsrechtes herbeigeführt werden". Eine solche Umgehung des Gesetzes ist aber ausgeschlossen. Denn durch Satz 2 werden alle die Forderungen betroffen, bei denen die Vollendung der Verjährung (dieser Zeitpunkt ist zu wählen, da frühestens von ihm an die Einrede erhoben werden kann) in die Zeit nach dem Augenblick fällt, von dem an frühestens die Aufrechnung möglich ist. Dieser Moment ist aber gemäß den §§ 387, 389, 390 die Entstehung der Hauptforderung, zumal die Forderung, „gegen" die aufgerechnet wird, nach § 390 auch mit einer Einrede behaftet sein kann. Fällt also die Vollendung der Verjährung in die Zeit vor Entstehung der gegnerischen Forderung, so ist, da dann § 390 Satz 1 in Betracht kommt, eine Aufrechnung unzulässig. Trotzdem sollte, wie Schäfer fürchtet, dann noch — gegebenenfalls — die Zurückbehaltung möglich sein. Das ist aber falsch. Denn in Abs. 1 fehlt es alsdann an der „Konnexität", da ja die Gegenforderung, als auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhend, entweder überhaupt nach der Gläubigerforderung oder doch wenigstens zusammen mit ihr entstanden sein kann, oder, falls sie früher entstanden sein sollte,[2]) noch nicht verjährt sein darf, wenn anders von einer Konnexität dann noch die Rede sein soll. Ebenso steht es im Falle des Abs. 2. Auch hier kann die Ersatz- bezw. Verwendungsforderung, da sie durch den Herausgabeanspruch bedingt ist, erst nach diesem Hauptanspruch entstanden

---

[1]) Schäfer S. 438.
[2]) In der Praxis dürften diese Fälle zu den allerseltensten gehören.

sein. Damit entfällt mangels der Konnexität — eine solche liegt auch in Abs. 2[1]) vor — jede Grundlage für die Zurückbehaltung. Daher kann von einer Umgehung des § 390 Satz 1 durch die Zulassung der Retention bei verjährten Forderungen keine Rede sein.

Für die Beantwortung unseres Themas haben wir damit aber gewonnen, daß gegebenenfalls die Zurückbehaltung auf Grund verjährter Forderung in demselben Umfange zulässig wäre wie die Aufrechnung.[2]) Damit wäre, ließe sich die Retention im fraglichen Falle bejahen, nicht nur der oben bemängelte Zwitterzustand beseitigt, sondern auch einem Erfordernisse Rechnung getragen, das sich aus der inneren Verwandtschaft der beiden Institute: Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht ergibt. Den Beweis für die Zulässigkeit der Retention glaube ich aber in folgendem erbringen zu können.

§ 13.

a) § 222 BGB.

Es ist oben festgestellt worden, daß sich aus § 223 kein positiver Analogieschluß herleiten läßt. Dennoch kann das in diesem Paragraphen ausgesprochene Prinzip für die Bejahung unserer Frage verwandt werden. Denn § 223 enthält eine Anwendung des Grundsatzes, daß Vermögensstücke des Schuldners, die sich im Herrschaftsbereiche des Gläubigers befinden, beim Ausbleiben freiwilliger Erfüllung dem Gläubiger als Satisfaktionsobjekt dienen. Eine Bestätigung und Ausdehnung dieses Prinzips findet sich in § 222 Abs. 2, wonach „das zur Befriedigung eines verjährten Anspruches Geleistete nicht zurückgefordert werden kann“. In dieser bei allen Naturalobligationen anerkannten soluti retentio liegt ein das „Verhalten des Schuldners zwingender Rechtssatz,

---

[1]) vgl. unten S. 42.

[2]) Damit würde dasselbe Ergebnis erzielt, zu dem manche Schriftsteller durch analoge Übertragung der Kompensationsvorschriften gelangen (vgl. Staudinger Bd. 2 § 273 I, 1 d S. 119 und Suppes S. 25), nur daß es sich eben nicht um eine solche „analoge“ Übertragung handelt. Andererseits weisen manche (so z. B. Rieger S. 24 und Noak S. 5) die Analogie zurück und heben ausdrücklich hervor, daß das Zurückbehaltungsrecht wegen verjährter Forderungen weitergehe als die zulässige Aufrechnung mit verjährten Forderungen, übersehen aber dabei, daß das Zurückbehaltungsrecht auch nur in demselben Umfange wie die Aufrechnung möglich ist. Die „Einschränkung“, die darin liegt, daß „das Zurückbehaltungsrecht durch das Erfordernis des rechtlichen oder tatsächlichen Zusammenhanges zwischen den gegenüberstehenden Ansprüchen gegen unbillige und zweckwidrige Ausübung gesichert ist“ (Rieger S. 24), setzt eben dem Zurückbehaltungsrecht ein dem Umfange der Kompensation korrespondierendes Anwendungsgebiet.

der die Ausübung des Zwanges dem Gläubiger gestattet".[1]) Die „Haftung" des Schuldners für die Verbindlichkeit besteht also fort. Infolge dieser Perpetuierung hat er die Macht, die condictio indebiti des Schuldners zurückzuweisen und den Schuldner dadurch zu zwingen, ihn — den Gläubiger — „in dem bestehenden Zustande zu erhalten".[2]) Von diesem Rechte ist es nur ein kleiner Sprung zu der Befugnis, die der § 223 statuiert: Leistet der Schuldner nicht freiwillig, so „dient dem Gläubiger als Satisfaktionsobjekt ... eine verpfändete Sache, jedoch nicht als Erfüllung der Schuld ..., sondern als Genugtuung oder Ersatz für Nichterfüllung".[3]) Steht ihm aber sogar das Recht der Befriedigung zu, so bedarf es nur einer Erweiterung des Gesichtspunktes, eines argumentum a maiore ad minus, um zu sagen, daß er in diesem Falle auch das Recht habe, die Gegenstände lediglich zur Sicherung seiner Forderung zurückzubehalten unter Verzicht auf die Befugnis, sie in sein Vermögen überzuführen. Und löst man endlich von dem Begriff der „verpfändeten Sache" das technische Moment — was m. E. durchaus zulässig ist — und begreift darunter alle die Gegenstände, die geeignet sind, dem Gläubiger als Pfand im weitesten Sinne zu dienen, ihm Sicherheit zu leisten, dann fallen darunter auch die Gegenstände, die, obwohl im Vermögen des Gläubigers stehend, doch im Besitze des Schuldners sich befinden —, wir haben es dann mit dem Fall des § 273 Abs. 2 zu tun; es fallen dann aber auch diejenigen Vermögenswerte darunter, die ein Äquivalent für die ihm gebührende Leistung bilden — vgl. den Tatbestand des § 320 —, und damit endlich auch die Leistungen, die kraft Konnexität in rechtliche Abhängigkeit gerückt sind —, es ist dies dann der § 273 Abs. 1. Damit ist aber gesagt: Beim Ausbleiben freiwilliger Erfüllung darf der Gläubiger auch nach der Verjährung seines Anspruches zurückhalten, was er seinerseits zu leisten hat, wie er trotz Verjährung seines Anspruches zurückbehalten darf, was ihm bereits geleistet ist.

Damit haben sich die Fäden zusammengefunden: der verjährte Anspruch ist fähig, das Recht auszuüben, das als nackter Grundsatz im § 273 statuiert ist. Die Voraussetzungen, die aus gesetzestechnischen Rücksichten in den Wortlaut des § 273 aufgenommen werden mußten, schließen die verjährten Forderungen nicht a priori aus. Danach ist die Zulässigkeit einer Zurückbehaltung auf Grund einer verjährten Forderung auszusprechen.[4])

---

[1]) Klingmüller S. 269.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 2 § 288 Ziff. 3 S. 182.

[3]) Klingmüller S. 270.

[4]) Die Zulässigkeit der Zurückbehaltung aus § 222 bejaht auch Schollmeyer § 273, 2a S. 90, jedoch ohne nähere Begründung; and. M. Schäfer S. 439.

Es gilt, die hier vertretene Ansicht noch gegen einen Vorwurf zu verteidigen, dessen Grundlagen oft dazu verwandt werden, die Zulässigkeit des Retentionsrechtes auf Grund verjährter Forderungen abzulehnen. Es wird nämlich behauptet, daß die Funktionen der verjährten Forderungen nicht „über das ihnen vom Gesetz zugewiesene Maß hinaus" ausgedehnt werden dürfen, daß also, da es an einer ausdrücklichen positiven Regelung der Zurückbehaltung nach der Verjährung des Anspruches fehle, die Retention ohne weiteres abgelehnt werden müsse.[1] Dieser Ansicht ist m. E. nicht zuzustimmen; denn eine Ausdehnung über das gesetzliche Maß hinaus liegt niemals dann vor, wenn aus einer Bestimmung eine andere abgeleitet wird, die ihrem Wesen nach, weil ein Ausschnitt dieser Grundbestimmung, ihr gleich und nur ihrem Inhalte und ihrer Ausdehnung nach einen beschränkteren Umfang einnimmt. Das gilt in erhöhtem Maße dann, wenn diese Grundbestimmungen wieder notwendige Folgen der Grundregeln des Gesetzes sind (wie dies bei den §§ 222, 223, 390 Satz 2 der Fall ist),[2] eben weil die logische Entwicklung einer Norm keine Ausdehnung über die ihr vom Gesetze zugewiesenen Grenzen herbeiführen kann. Als solche Grundpfeiler kommen hier in Betracht einmal, daß die Forderung auch nach der Verjährung des Anspruches noch existent bleibt, und dann, daß ein Untergang der Forderungen nur in den vom Gesetze statuierten Fällen der Tilgung (§ 362), Hinterlegung (§ 372), Aufrechnung (§ 387) und Erlaß (§ 397) möglich ist. Solange solche Erlöschungsgründe noch nicht eingetreten sind, besteht die Forderung weiter und als notwendiges Korrelat die Verpflichtung des Schuldners.[3] Beide Begriffe, Forderung und Verpflichtung, sind aber mehr als bloß wesenlose Schatten, sie bilden die gewichtige Grundlage für die Folgen, die sich eben aus einem Recht bezw. einer Verpflichtung ergeben können. Aus jedem Rechte resultiert die Befugnis zu aktiver wie passiver Verwendung; denn die „Verfolgung der Rechte in der Defensive ist in der Geltendmachung der Rechte mit einbegriffen".[4] Entfällt nun aber bei einem Rechte die Möglichkeit, es durch Klage durchzusetzen, wird darum die Hervorkehrung des Rechts in der Verteidigung nicht ausgeschlossen, eben weil hier das Recht der Verteidigung, die Einrede, nicht Folge des

---

[1]) Simon S. 65; Sievers S. 304; Schwertner S. 28; ähnlich Dernburg, BGB. Bd. 2, 1 § 57 Anm. 7: Da das Zurückbehaltungsrecht nicht in § 223 erwähnt ist.

[2]) vgl. darüber oben S. 12.

[3]) And. M. v. Seeler S. 112.

[4]) Brinz, Pand. Bd. 1 § 78 S. 247.

Anspruches ist, vielmehr ihm gegenüber eine selbständige Existenz hat.[1])

In Verfolg dieser Deduktion und aus der Tatsache, daß die Klagbarkeit den natürlichen Verbindlichkeiten durch positive Satzung entzogen ist, können wir die Regel aufstellen: die klaglosen Verbindlichkeiten haben alle die Funktionen, die ihnen nicht ausdrücklich vom Gesetz entzogen sind, nicht nur diejenigen, die ihnen vom Rechte besonders zugewiesen sind.[2]) Das entspricht vollkommen der in dem Bürgerlichen Gesetzbuch getroffenen Regelung. Für die verjährten Forderungen haben wir die soluti retentio in § 222 Abs. 2, entsprechend den §§ 656 Abs. 1 Satz 2 und 762 Abs. 1 Satz 2. Der Unterschied zeigt sich aber in den §§ 222 Abs. 2 Satz 2, 656 Abs. 2 und 762 Abs. 2. Die Zulässigkeit des vertragsmäßigen Anerkenntnisses entspricht, da es ja lediglich auf die Forderung Bezug nimmt, dem Fortbestande der Forderung; also ist der Ausschluß des Schuldanerkenntnisses in den letzten beiden Paragraphen als eine abweichende positive Gesetzesvorschrift anzusehen. Darin liegt aber die Bestätigung des aufgestellten Satzes: Die natürlichen Verbindlichkeiten sind in ihrer Funktion nur insoweit eingeschränkt, als es auf ausdrückliche Vorschriften des Gesetzes zurückzuführen ist. Daraus folgt, daß die Zurückbehaltung auf Grund natürlicher Verbindlichkeiten dann nicht möglich ist, wenn eine positive Gesetzesnorm dies verbietet. Diese ist aber entgegen der Vorschrift, die wir z. B. in § 390 Satz 1 finden, nicht vorhanden.[3])[4]) Die Möglichkeit des Ausschlusses durch gewisse in den Tatbestand des § 273 aufgenommene Voraussetzungen betrifft nur die echten Naturalobligationen,[5]) also werden die verjährten Forderungen nicht betroffen.

---

[1]) vgl. oben S. 15.

[2]) Letzteres ist aus naheliegenden Gründen, besonders Sicherheitsrücksichten, natürlich sehr oft der Fall.

[3]) Daß der Gesetzgeber eine dahingehende Vorschrift mit Recht fortgelassen hat, haben wir oben S. 36 gesehen.

[4]) vgl. dazu Schollmeyer § 273, 2 a S. 90: „Daß wegen eines verjährten Anspruches das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden könne, folgt auch aus § 390 Satz 1, wo die Aufrechnung mit verjährter Gegenforderung versagt ist, während sich eine gleiche Vorschrift bezüglich des Zurückbehaltungsrechtes im § 273 nicht findet“. And. M. Schönenberg S. 53 und Schäfer S. 439: „Der Umstand, daß die Regel des Satzes 1 in § 390 bei § 273 fehlt, beweist nichts“.

[5]) vgl. oben S. 28 f.

3. Rechtfertigung der getroffenen Entscheidung.

§ 14.

a) Aus der Analogie des § 320 BGB.

Die somit getroffene bejahende Entscheidung der Streitfrage wird bekräftigt durch einen Analogieschluß aus § 320 und gerechtfertigt dadurch, daß sie den Erfordernissen der Billigkeit entspricht.

Schon gelegentlich der Feststellung der Natur des Zurückbehaltungsrechtes mußte auf das Verhältnis des § 273 zu § 320 eingegangen werden. Beide Paragraphen, die bezüglich ihrer Voraussetzungen ähnlich, bezüglich ihrer Wirkungen gleich[1]) sind, müssen sich auch hinsichtlich der Forderungen, auf die sich das Leistungsverweigerungsrecht gründet, entsprechen. Bei der Einrede des nichterfüllten Vertrages ist das Leistungsverweigerungsrecht auch nach eingetretener Verjährung des Anspruches gegeben. Das folgt einmal aus der Natur der gegenseitigen Verträge. Denn hier ist die Leistung des Schuldners das Äquivalent für die ihm gebührende Leistung des Gläubigers. Solange beide Leistungen objektiv möglich sind, bleibt das Schuldverhältnis bei Bestand. Daher bleibt das Rechtsverhältnis von dem Ausschluß der Möglichkeit, den einen oder den anderen Anspruch klageweise geltend zu machen, unberührt. Es kann darum auch die Zeit keinen Einfluß auf die gegenseitigen Berechtigungen ausüben: wer selbst die ihm gebührende Leistung verlangt, muß auch seinerseits leisten, ohne sich auf die Verjährung berufen zu dürfen. „Es würde lächerlich sein", sagt Bähr,[2]) „wollte man den Käufer als Beklagten, weil dessen Klage auf die Sache bereits verjährt ist, mit dem Einwand ausschließen: Du hast mir die Sache ja nicht geliefert." Darum ist m. E. die exceptio non adimpleti contractus auch nach der Verjährung des Anspruches uneingeschränkt zulässig; diese Ansicht ist denn auch in der Literatur durchgehend anerkannt.[3])

Die rechtliche Möglichkeit analoger Anwendung auf § 273 ergibt sich aus dem inneren Zusammenhang dieser beiden Paragraphen.[4]) Daß hier im Falle des § 273 das „Fehlen des kontraktlichen Bandes",[5]) das die Forderungen bei gegenseitigen

---

[1]) vgl. §§ 274 u. 322; vgl. auch oben S. 18.

[2]) Bähr S. 294.

[3]) Außer Bähr S. 294: Langheineken S. 179; Mot. Bd. 1 S. 292; v. Renesse S. 46; Planck Bd. 1 § 222, 3c S. 369; Regelsberger S. 332ff.

[4]) vgl. oben S. 18ff.

[5]) v. Renesse S. 46.

Verträgen zusammenhält, von so einschneidender Bedeutung sein sollte, will mich nicht recht überzeugen, angesichts der rechtlichen Anerkennung, die das Gesetz der Konnexität zollt. Auch dürfte die hier vertretene Ansicht nicht dadurch entkräftet werden, daß „in § 273 die beiden Forderungen, denen das Zurückbehaltungsrecht zugrunde liegt, in ihrem Bestande gänzlich voneinander unabhängig wären“ [1]): die gesetzliche Anerkennung des Leistungsverweigerungsrechtes fällt dagegen doch zu schwer in die Wagschale. Und wenn endlich Langheineken die Zulässigkeit mit Rücksicht auf die Fälligkeit ablehnt, die in § 320 nicht erfordert sei, so ist dies zwar dem Wortlaut des Paragraphen nach richtig; trotzdem bringt der Paragraph die Fälligkeit der Gegenforderung wortdeutlich zum Ausdruck, wenn er die Einrede des nichterfüllten Vertrages für den Fall ausschließt, daß der aus der Gegenforderung Berechtigte zur Vorleistung verpflichtet ist, wenn also zwar die Forderung des Gläubigers, nicht aber die des Schuldners „fällig“ ist. M. E. ist daher unbedenklich Regelsberger [2]) zuzustimmen: „Die innere Verwandtschaft zwischen beiden Einreden der Leistungsverweigerung ist stark genug, um sie auch bei dem Zurückbehaltungsrecht trotz der Verjährung des zugrunde liegenden Anspruches für zulässig zu erkennen“.

Freilich ist dieser Ansicht Regelsbergers in einem Punkte zu widersprechen, insofern nämlich die Analogie nach seiner Meinung nur fähig ist, die fragliche Zulässigkeit der Zurückbehaltung in den Fällen des § 273 Abs. 1 zu bejahen. Daher ist Regelsberger gezwungen, für das Zurückbehaltungsrecht des Abs. 2 nach einer besonderen Begründung zu suchen, die er darin findet, daß „nach volkstümlicher Auffassung der Anspruch am Gegenstande klebt, sonach die Befriedigung jedem gegenüber gefordert werden könne, der die Herausgabe des Gegenstandes fordere“. Damit sei aber zugleich das „Ergebnis erzielt, daß dieses Zurückbehaltungsrecht von der Verjährung des zugrundeliegenden Anspruches nicht ergriffen wird“. Diese Begründung dürfte zur Entscheidung einer so bedeutsamen Frage nicht ausreichend sein. Den Mangel der Sachlichkeit scheint Regelsberger selbst gefühlt zu haben, wenn er, trotz der hervorgehobenen Übereinstimmung des Wortlauts des § 273 mit dem des § 1000, hinzusetzen muß: „doch möchte ich hierauf kein entscheidendes Gewicht legen. Es ist nicht wahrscheinlich, daß man bei Aufstellung der Vorschriften die hier behandelte, ferner liegende Frage in Erwägung gezogen hat“.

---

1) v. Renesse S. 46.
2) Regelsberger S. 332.

Die in diesen Ausführungen vertretene Begründung scheint daher gegenüber der Ansicht Regelsbergers den Vorzug zu verdienen, zumal sie die Zulässigkeit der fraglichen Zurückhaltung in sämtlichen Fällen des obligatorischen Zurückbehaltungsrechtes, sowohl bei denen des § 273 als auch des § 320, aus einem einheitlichen Gesichtspunkte bejahen konnte. Der Begründung Regelsbergers ist daher m. E. jeder primäre Beweiswert abzusprechen. Aber auch die Heranziehung der Analogie des § 320 als eines subsidiären Beweismittels ständen erhebliche Bedenken entgegen, wenn tatsächlich in § 273 Abs. 2 ein von dem des Abs. 1 verschiedenes Retentionsrecht geregelt wäre, sonach die Analogie nur für Abs. 1 verwendet werden könnte. Tatsächlich handelt es sich aber im Abs. 2 — das ist entgegen der wohl herrschenden Auffassung[1]) anzunehmen — nur um eine Spezialregelung der schon von Abs. 1 getroffenen häufigsten Anwendungsfälle des Zurückbehaltungsrechts.[2]) Auch hier bewegen sich die beiden Forderungen gewissermaßen in derselben juristischen Ebene: sie beruhen auf einem einheitlichen rechtlichen Verhältnis. Dieses rechtliche Verhältnis geht aber über die engen Grenzen eines Rechtsverhältnisses hinaus — eine dahingehende Identifizierung scheint Regelsberger vorzunehmen; es handelt sich dabei vielmehr „um ein einheitliches Lebensverhältnis, das sich aus den Erfordernissen von Treu und Glauben und der Auffassung des Verkehrs ergibt".[3]) Ist dies aber der Maßstab für die Konnexität, so kann kein Zweifel sein, daß auch im Falle des Abs. 2 der Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand bezw. der Schadensersatzanspruch das rechtliche Verhältnis mit dem Anspruch des Gläubigers teilt.[4]) Da aber diese Konnexität die Brücke für die Analogie mit § 320 bildet, so ist damit erwiesen, daß auch für die Fälle des § 273 Abs. 2 eine entsprechende Heranziehung des § 320 zulässig ist.

§ 15.

b) Aus Billigkeitsrücksichten.

Ihre praktische Sanktion endlich erhält die hier vertretene Ansicht dadurch, daß sie am meisten den Gesetzen der Billigkeit

---

[1]) So Dernburg, BGB. Bd. 2, 1 § 57 II, 3b S. 146; Planck Bd. 2 § 273, 2b S. 65; Staudinger Bd. 2, 1 § 273 II, 2 S. 121; Rieger S. 36; Rech S. 70ff., bes. S. 72; Breuer S. 86.

[2]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 42.

[3]) vgl. RGE. Bd. 14 S. 233; ebenso RGE. Bd. 57 S. 6f., Bd. 68 S. 3f. u. Bd. 72 S. 65.

[4]) vgl. dazu Schlegelberger S. 86ff.; Oertmann § 273 Ziff. 6 S. 78; Mot. Bd. 2 S. 42; v. Renesse S. 57.

entspricht. Billigkeitsgründe sind freilich nicht vollgültige Beweismittel; aber die Verhältnisse stempeln sie zu Argumenten, wenn der Wille des Gesetzes nicht klar zutage liegt und dies in erhöhtem Maße dann, wenn es gilt, einer Regel, die „selbst aus Billigkeit geboren" ist, wie das Zurückbehaltungsrecht,[1] ein der Billigkeit entsprechendes Anwendungsgebiet zuzuweisen. Im vorliegenden Falle widerstreitet die Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners dem Schutzanspruch, den der Gläubiger — der Schuldner der verjährten Forderung — infolge des aus der Verjährung für ihn fließenden Rechtes gegen das Gesetz hat.[2] Denn die Verjährung bezweckt die „Befestigung lange bestehender Verhältnisse".[3] Es wird der bloß tatsächliche Zustand zu einem Zustande rechtens: die Nichterfüllung während der gesetzlich bestimmten Zeit erzeugt das Recht zur Nichterfüllung, die Leistungsverweigerungsbefugnis des § 222. Aber diese Einrede ist nur eine „Gewissenseinrede", d. h. sie „kann zwar, wenn begründet vorgebracht, stets geltend gemacht werden, aber soll doch pflichtgemäß nur dann vorgebracht werden, wenn diese Geltendmachung nicht gegen die Gesetze der Loyalität und Rechtlichkeit verstößt".[4] Man wird also bei Abwägung widerstreitender Interessen, zumal der Rechtsverlust bei der Verjährung keine Strafe für den Gläubiger sein soll, die Rücksicht auf den hintansetzen, dessen Verhalten schon so wie so als ein doloses vom Gesetze gebrandmarkt ist. Denn es kann nicht der Wille des Gesetzes sein, wenn es in der Handlung des Gläubigers ein doloses Vorgehen erblickt, diesem um deswillen eine exceptio doli des Schuldners — wie beim Zurückbehaltungsrecht — entgegengesetzt, diese exceptio dadurch ihrer Kraft zu berauben, daß es die Möglichkeit ihrer Geltendmachung aus rein einseitigen Utilitätsgründen versagt. Man wird aber auch sonst zugunsten des Schuldners entscheiden. Denn der Gläubiger darf einmal seine Leistung fordern und wird geschützt durch die Einrede der Verjährung, während der Schuldner zur Leistung verpflichtet bleibt und den Verlust seines Zwangsrechtes beklagen muß. Und das alles lediglich aus Gründen der „Billigkeit", noch dazu bei einem Verhältnis, wo das Recht des Schuldners

---

[1]) Regelsberger S. 331.

[2]) Mit Rücksicht auf dieses Leistungsverweigerungsrecht die Zurückbehaltung im gegebenen Falle abzulehnen, wie Planck § 273, 2a α S. 63 tut, ebenso Staub Bd. 2 § 369 Anm 8, erscheint unzulässig, da man mit derselben einseitigen Begründung sagen könnte: der Schuldner ist zur Zurückbehaltung berechtigt. Dies müßte um so mehr Planck selbst tun, da er (vgl. Bd. 1 § 222, 3c S. 369) die Selbständigkeit der Retentionseinrede anerkennt, ihren Ausschluß von der Verjährung also ausdrücklich hervorhebt.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 144, 1 S. 355.

[4]) Kohler Bd. 1 § 84, 1 S. 241.

kraft der Konnexität an das des Gläubigers gebunden ist, sich gleichsam „zu gemeinsamem Gedeih' und Verderb'" vereinigt hat — vielleicht auch nur deshalb, weil der Schuldner aus Rücksicht gegen den Gläubiger seine Verwendungs- und Schadensersatzansprüche erst dann geltend machen will, wenn er zur Herausgabe des Gegenstandes aufgefordert wird. Durch den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts auf Grund verjährter Forderungen würde ferner gewissenlosen Gläubigern geradezu eine Prämie gesetzt: brauchten sie doch nur mit der Geltendmachung ihres Rechts so lange zu warten, bis der schuldnerische Anspruch, wenn dieser einer kürzeren Verjährung unterliegt, verjährt ist. Wenn demgegenüber die Vertreter der entgegengesetzten Meinung auf die hierdurch herbeigeführte „durch nichts zu rechtfertigende Benachteiligung des Gläubigers"[1]) oder die „dadurch hervorgerufene starke Begünstigung der Rechtsunsicherheit"[2]) hinweisen, so ist für die Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit und für keine allzu große Überlastung des Gläubigers bezüglich Herbeischaffung von Beweisen usw. durch das Erfordernis der Konnexität schon genügende Garantie geleistet. Und besser, daß der Rechtsfriede in diesen in der Praxis so außerordentlich selten auftauchenden Fällen eine Einbuße erleidet, als daß das Gesetz gewissenlosen Gläubigern die Hand zu unsauberem Vorgehen reicht.

---

[1]) v. Renesse S. 46.
[2]) Schönenberg S. 53.

C. Schluß.

So führen denn alle Wege zu dem einen Ziele: der Bejahung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund verjährter Forderungen. Freilich ein Moment in § 273 könnte bedenklich stimmen. Kraft der Klausel: sofern aus dem Schuldverhältnisse sich nicht ein anderes ergibt, ist es nämlich dem richterlichen Takt überlassen, das Zurückbehaltungsrecht in gewissen Fällen auszuschließen. Damit läge es in der Hand des Richters, dem Schuldner Erfüllung seiner Forderung zu verschaffen, falls er nämlich die Retentionsmöglichkeit anerkennt, oder aber ihn unter Ausschluß der Möglichkeit, Erfüllung — wenn nicht freiwillige von seiten des Gläubigers — zu erlangen, restlos zur Tilgung seiner Schuld zu verurteilen. Aber diese Gefahr wird, da ja prinzipiell die Zurückhaltung zuzulassen ist, einmal auch dadurch abgeschwächt, daß von dieser Klausel zumeist diejenigen Fälle betroffen werden, in denen der Schuldner zur Vorleistung verpflichtet ist. Denn hier kann unsere Frage nie praktisch werden. Solange die schuldnerische Leistung rechtlich verlangt werden kann, ist es unmöglich, daß der Anspruch des Schuldners durch Verjährung erlischt, eben weil der Anspruch durch seine Vorleistungspflicht gewissermaßen suspensiv bedingt ist. Und in Fällen, in denen seine Leistung „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte unbedingt ohne Rücksicht auf eine Zug um Zug zu gewährende Gegenleistung gefordert werden kann“,[1] wird es sich meist ebenfalls um eine Vorleistungspflicht handeln, deren Grundlage zwar nicht positive Satzung, aber doch mit derselbeu Wirkung Treu und Glauben ist. Wenn aber wirklich einmal ein Fall gedacht werden könnte, in dem solch eine Vorleistungspflicht nicht zu konstruieren ist, so daß durch das richterliche Urteil die Erfüllung seiner Forderung dem Schuldner unmöglich gemacht wird, so muß man dagegen halten, daß, sofern es sich um eine vollgültige Forderung handelt, der Erfolg unter Umständen auch nicht viel anders ausfällt. Auch hier kann es sein, daß in dem Zurückbehaltungsrecht,

---

[1] Staudinger Bd. 2 § 273 II, 1 c S. 121.

dem Schuldner das vielleicht einzige Mittel zu seiner Sicherheit entzogen wird, so daß gegebenenfalls damit auch seine Befriedigung illusorisch gemacht werden könnte.

Die sonach m. E. unbedingt auszusprechende Zulässigkeit des Retentionsrechtes auf Grund verjährter Forderungen berechtigt uns daher, um so mehr, da der Kampf um die begriffliche Scheidung von Anspruch und Forderung in neuerer Zeit immer mehr zugunsten dieser Trennung auszufallen scheint, vom Gesetzgeber zu verlangen, im Texte des § 273 den zu unrichtigen Folgerungen führenden „Anspruchsbegriff" durch den der „Forderung" zu ersetzen, eine Änderung, die, ohne daß dadurch materiellrechtliche Modifikationen herbeigeführt würden, möglich ist. Damit aber wäre unserer Streitfrage jeder Boden entzogen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 12. Juli 1888 als Sohn des Landgerichtsdirektors, damaligen Amtsrichters Adolf Wachsmann und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Schwinning in Doctorowo bei Graetz geboren, evangelischer Religion, besuchte ich das Kgl. Prinz-Heinrich-Gymnasium in Berlin-Schöneberg, das Gymnasium zu Steglitz (Berlin) und das Kgl. Domgymnasium zu Magdeburg, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Ich studierte die Rechte an den Universitäten zu Tübingen, Berlin und Breslau, wo ich am 6. Oktober 1910 das Referendarexamen und am 18. November 1910 die mündliche Doktorprüfung bestand.

Seit dem 29. Oktober 1910 bin ich bei dem Amtsgericht in Berlinchen (Nm.) beschäftigt.